

REVISTA DA
AGU

volume 15 nº 04 - Brasília-DF, out./dez. 2016

<http://seer.agu.gov.br>

Revista da da AGU	Brasília	v. 15	nº 04	p. 1-272	out./dez. 2016
-------------------	----------	-------	-------	----------	----------------

Revista da AGU

Escola da Advocacia-Geral da União Ministro Victor Nunes Leal

SIG - Setor de Indústrias Gráficas, Quadra 6, lote 800 - Térreo -
CEP 70610-460 - Brasília/DF - Brasil. Telefones (61) 2026-7368 e 2026-7370
e-mail: escolaagu.secretaria@agu.gov.br

ADVOGADA-GERAL DA UNIÃO

Ministra Grace Maria Fernandes Mendonça

ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO-SUBSTITUTO

Paulo Gustavo Medeiros Carvalho

DIREÇÃO GERAL DA AGU

Paulo Gustavo Medeiros Carvalho	Secretário-Geral de Consultoria
Cleso José da Fonseca Filho	Procurador-Geral Federal
Isabel Vinchon Nogueira de Andrade	Procuradora-Geral da União
Fabrcício da Soller	Procurador-Geral da Fazenda Nacional
Marcelo Augusto Carmo de Vasconcellos	Consultor-Geral da União
Altair Roberto de Lima	Corregedor-Geral da AGU
Isadora Maria Belem Rocha Cartaxo de Arruda	Secretária-Geral de Contencioso

ESCOLA DA AGU

Grégore Moreira de Moura	Diretor
Pedro Vasques Soares	Vice-Diretor
Eduardo Fernandes de Oliveira	Coordenador-Geral

ABNT(adaptação)/Diagramação: Niuza Lima /Gláucia Pereira

Capa: Niuza Lima

Os conceitos, as informações, as indicações de legislações e as opiniões expressas nos artigos publicados são de responsabilidade exclusiva de seus autores.

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

Revista da AGU / Escola da Advocacia-Geral da União Ministro Victor Nunes
Leal. - Brasília : EAGU, 2002.
v. ; 23 cm.

Quadrimestral: n.1, 2002-n.14, 2007. Trimestral: n.15, 2008-.

Primeiro número editado como edição especial de lançamento.

Primeiro título da publicação: Revista da AGU: Centro de Estudos Victor Nunes
Leal Advocacia-Geral da União (2002-n.6, abr.2005). Altera o título para: Revista da
AGU : Escola da Advocacia-Geral da União (n.7, ago. 2005-2007). Continuada com o
título: Revista da AGU (2008-).

Apartir de 2015 houve alteração no número dos exemplares. A Revista receberá
numeração 1-4 em todos os anos subsequentes.

ISSN 1981-2035

I. Direito Público. II. Advocacia-Geral da União.

CDD 341.05
CDU 342(05)

Conselho Editorial

Grégoire Moreira de Moura - DF Lênio Luiz Streck - RS
Pedro Vasques Soares - DF Mariana Filchitiner Figueiredo - RS
Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy - SP Otávio Luiz Rodrigues Junior - SP
Bernardo Gonçalves Fernandes - MG Regina Linden Ruaro - RS
Fredie Didier Jr. - BA Rodolfo Viana Pereira - MG
Henrique Mouta Araújo - PA Thomas da Rosa Bustamante - MG
Jefferson Carús Guedes - DF

EDITOR CHEFE

Grégoire Moreira de Moura - DF

VICE-EDITORES

Pedro Vasques Soares - DF
Jefferson Carús Guedes - DF

EDITORES ASSISTENTES

Gláucia Maria Alves Pereira
Niuza Gomes Barbosa de Lima

Pareceristas Nacionais

Alexandre Reis Siqueira Freire - DF	Dimitri Brandi de Abreu - DF	Luis Cláudio Martins de Araújo - RJ
Allan Carlos Moreira Magalhães - AM	Douglas Henrique Marin dos Santos - DF	Luiz Henrique Diniz Araújo - PE
Ana Alvarenga Moreira Magalhães - MG	Eduardo Rocha Dias - CE	Luís Carlos Martins Alves Jr. - DF
Ana Carolina Golçalves Vieira - MG	Eliana Pires Rocha - ESP	Luís de Freitas Júnior - POR
Andrea de Quadros Dantas Echeverria - DF	Elomar Lobato Bahia - ARG	Marco Antonio Perez de Oliveira - SP
André de Paiva Toledo - MG	Eugênio Battesini - RS	Mariana Barbosa Cirne - DF
André Luiz Santa Cruz Ramos - DF	Fabiano André de Souza Mendonça - RN	Márcio Carvalho Faria - RJ
André Petzhold Dias - AM	Fernanda Menezes - DF	Natália Camba Martins - SP
Carlos Bolonha - RJ	Filipo Bruno Silva Amorim - RN	Omar Bradley Oliveira de Sousa - PB
Carlos Eduardo Dieder Reverbel - RS	Flávia Danielle Santiago Lima - PE	Oswaldo de Souza Santos Filho - SP
Carlos José de Souza Guimarães - RJ	Flávio Couto Bernardes - MG	Paulo Emílio Vauthier Borges de Macedo - RJ
Carlos Marden Coutinho - CE	Flávio Roberto Batista - SP	Raimundo Márcio Ribeiro Lima - RN
Carolina Yumi de Souza - SP	Gabriel Prado Leal - DF	Raphael Greco Bandeira - DF
Celso Hiroshi Iocohama - PR	Guilherme Pereira Dolabella Bicalho - DF	Raphael Peixoto de Paula Marques - DF
Cleyson de Moraes Mello - RJ	Gustavo Augusto Freitas Lima - DF	Rocco Antonio Rangel Rosso Nelson - RN
Cláudia Ribeiro Pereira Nunes - RJ	Gustavo Costa Nassif - MG	Rodrigo Iennaco de Moraes - MG
Clóvis Juarez Kemmerich - RS	Icaro Demarchi Araujo Leite - ITA	Rosângela Maria Gomes - RJ
Cristina Campos Esteves - MG	José Tadeu Neves Xavier - RS	Rui Magalhães Piscitelli - DF
Cristiana Maria Fortini Pinto e Silva - MG	Judivan Juvenal Vieira - DF	Thiago Aguiar de Pádua - DF
Dalton Santos Morais - ES	Karla Margarida Martins Santos - DF	Valdirene Ribeiro de Souza Falcão - SP
Daniel Brantes Ferreira - RJ	Leonardo Avelar Guimarães - MG	Verônica Lagassi - RJ
Denise Lucena Cavalcante - CE	Leonardo Vizeu Figueiredo - RJ	

Pareceristas Internacionais

Gustavo Calvino - ARG
Nicolás Rodríguez García - ESP
Pedro Tomás Nevado-Batalla Moreno - ESP

SUMÁRIO

AUTOR CONVIDADO

Tutela Anticipatoria di Urgenza e sua Stabilizzazione nel Nuovo C.P.C.
Brasiliano: comparazione con il sistema francese e con quello italiano
.....
.....11

ARTIGO INTERNACIONAL

Los Criterios para la Mensuración del Valor del Enriquecimiento
Ilícito y Perjuicios Causados por Actos Corruptos
*Criteria to Measure the Amount of the Illicit Enrichment and Losses
Caused by Corrupt Acts*
André Luiz de Almeida Mendonça 65

DEMAIS ARTIGOS

Um novo Centro de Solução de Controvérsias em Investimentos para a
América do Sul: balanceando interesses públicos e privados
*A new Centre of Settlement of Disputes in Investments for South America:
balancing public and private interests*
Ana Rachel Freitas da Silva 89

A Terceirização no Serviço Público e a Precarização dos Direitos
Trabalhistas
Outsourcing in the Public Service and the Precarization of Labor Rights
Andrea Dourado Costa 113

A Desapropriação Judicial (§§ 4º e 5º do art. 1228 do Código Civil):
garantia do direito à moradia, da função social da propriedade e
instrumento de implementação da política urbana e de reforma agrária
*The Condemnation (§§ 4 and 5 of Article 1228 Civil Code): the right to
dwelling, social function of the property and means of execution of urban
policy and agrarian reform*
André Luiz dos Santos Nakamura 143

Os Conceitos de Mar Territorial e de Zona Econômica Exclusiva e
suas Influências sobre a Cobrança Tributária do ISS
*The Concepts of Territorial Sea and Exclusive Economic Zone and their
Influences on ISS Tax Collection*
Daniel Vieira Marins
Gustavo da Gama Vital de Oliveira 171

Direito Privado e Relações Sociais: uma breve análise do transexualismo no Brasil <i>Private law and social relations: a brief analysis of transsexualism in brazil</i> Fábio Campelo Conrado de Holanda.....	189
Do Instituto do Microempreendedor Individual no Direito Brasileiro: conceito, natureza e regime jurídico <i>Individual Micro-Entrepreneur Institute In Brazilian Law: Concept, Nature and Legal Regime</i> George Felício Gomes de Oliveira	207
The Role of Precedents as a Filter for Argumentation <i>O papel dos Precedentes como Filtro Argumentativo</i> Patrícia Perrone Campos Mello	233
A Brief Analysis of the Legal Framework for Methyl Bromide <i>Breves Considerações sobre o Regime Jurídico do Brometo de Metila</i> Wolney da Cunha Soares Júnior	263

EDITORIAL

Prezados Leitores da Revista da AGU, apresentamos aos senhores a sua 4ª e última edição do ano de 2016, agradecendo, mais uma vez, por terem prestigiado, até aqui, o nosso periódico, resultado de um trabalho de muita dedicação e empenho.

Expomos, para serem apreciados, nesta edição, trabalhos de variados temas da área do direito que levarão à uma reflexão crítica sobre as questões neles abordadas. Questões de extrema relevância para a comunidade jurídica.

São dez artigos, dentre os quais, um é de autor convidado e nove avaliados e aprovados pelos pareceristas da Revista da AGU.

O artigo de autor convidado é do Professor doutor na Universidade de Paris Ouest Nanterre La Défense, França, Giovanni Bonato. Escrito em italiano, o trabalho tem por objeto a tutela antecipada de urgência no Novo Código de Processo Civil brasileiro. O autor conduz uma investigação de direito comparado em relação aos sistemas jurídicos do Brasil, da França e da Itália. Após ter abordado os *référés* no ordenamento francês e os provimentos cautelares a instrumentalidade atenuada no ordenamento italiano, o autor trata da tutela provisória no novo CPC brasileiro, do procedimento da tutela antecipada requerida em caráter antecedente e da dinâmica da estabilização e definitividade da decisão do art. 304. Por fim, o autor faz uma análise das três teorias cunhadas pela doutrina brasileira no que diz respeito à técnica da estabilização da tutela antecipada de urgência.

O primeiro artigo aprovado após análise, é um trabalho internacional que trata da recuperação de ativos de atos de corrupção e improbidade administrativa. O autor pretende contribuir para a reflexão teórica e prática sobre o princípio fundamental para a prevenção da corrupção e a recuperação de ativos. O seu objetivo é mensurar, adequadamente, o objeto valor da ação legal, a ser proposto pelo Estado, para recuperar os ativos ou os efeitos capazes de serem mensurados monetariamente sob os atos de corrupção.

No segundo artigo, o propósito da autora é apresentar a insatisfação e desconfiança que vários países da América do Sul já demonstraram em relação às decisões de tribunais arbitrais constituídos no âmbito do ICSID - Centro Internacional para a Resolução de Disputas Relativas, a Investimentos e informar e discutir algumas propostas gerais em

negociação na UNASUL, sob a perspectiva do equilíbrio entre interesses de Estados e investidores.

O terceiro artigo discute o uso da terceirização pela Administração Pública no Brasil, tendo como paradigma normas nacionais e internacionais de proteção ao trabalho, bem como analisa jurisprudência referente à terceirização nos setores privado e público. Serão analisados dados coletados através de um estudo realizado pela CUT e sobre o alto índice de acidentes de trabalhadores terceirizados para demonstrar a precarização causada por essa prática.

No quarto artigo, o autor pretende abordar a desapropriação judicial, introduzida no ordenamento jurídico positivo pelos §§ 4º e 5º do art. 1228 do Código Civil. O instituto se destina a dar cumprimento ao comando cogente da Constituição Federal que determina o cumprimento da função social da propriedade, bem como o direito social à moradia, previsto no art. 6º da Constituição Federal.

O autor do quinto artigo demonstra a importância dos conceitos de mar territorial e de zona econômica exclusiva para compreender a polêmica referente aos conflitos entre Municípios na cobrança do ISS. Em inúmeros julgados o Superior Tribunal de Justiça, destacou o “local do serviço” como regra capaz de definir qual o Município é o competente para cobrar o imposto.

O sexto artigo promove o debate acerca de tema considerado atual no cenário constitucional e civilista brasileiro, consistente no tratamento jurídico dado aos transexuais em casos de intervenção cirúrgica específica, bem como seus efeitos no registro civil, por meio de uma discussão teórica com ênfase nos aspectos constitucionais da dignidade humana, proteção das minorias e identidade de gênero. O artigo analisa seus reflexos infraconstitucionais nos direitos da personalidade, cujo tratamento na esfera privada mereceu destaque no vigente Código Civil.

No sétimo artigo, investiga-se o cenário do Programa do Microempreendedor Individual estabelecido pela Lei Complementar nº 128/2008. Tal instituto jurídico possibilita que determinadas categorias de trabalhadores informais legalizem-se como pequenos empresários, tornando-se, assim, acolhidos por uma política pública estatal. Além disso, analisa-se o acerto dessa empreitada em prol do desenvolvimento de uma cidadania empresarial livre da burocracia historicamente excludente.

A autora do oitavo artigo examina o papel e os limites de uma teoria de precedentes na promoção dos valores de segurança jurídica, igualdade, legitimidade e eficiência das cortes. Demonstra, ademais, que os precedentes têm um outro importante papel: servem como um filtro para a argumentação jurídica, guiando litigantes e juízes nas questões a serem discutidas e consideradas na decisão de um caso.

O nono e último artigo discute a edição da Instrução Normativa Conjunta – INC SDA/ANVISA/IBAMA nº 02/2015 em relação à Convenção de Viena para a Proteção da Camada de Ozônio de 1985 e o Protocolo de Montreal sobre Substâncias que Destroem a Camada de Ozônio de 1987, que preveem mecanismos de controle para a produção e o consumo, por exemplo, de brometo de metila, que é uma das substâncias que mais degradam a camada de ozônio.

Encerramos mais um ano agradecendo a todos os leitores, autores e Pareceristas que muito contribuíram para difundirmos o conhecimento através da Revista da AGU e desejamos a todos uma ótima leitura com o convite para navegarem pela revista eletrônica disponível em: <http://seer.agu.gov.br>.

Grégore Moreira de Moura
Diretor da Escola da AGU
Editor Chefe da Revista da AGU

TUTELA ANTICIPATORIA DI URGENZA E SUA STABILIZZAZIONE NEL NUOVO C.P.C. BRASILIANO: COMPARAZIONE CON IL SISTEMA FRANCESE E CON QUELLO ITALIANO

Giovanni Bonato

Doutor em Direito Processual Civil pela Universidade “La Sapienza” de Roma (Itália). Professor doutor na Universidade de Paris Ouest Nanterre La Défense (França). Professor Visitante na Universidade Federal do Maranhão, Programa de Pós-Graduação em Direito e Instituições do Sistema de Justiça. Advogado.
giovannibonato@virgilio.it

SOMMARIO: Introduzione; 1 I référés in Francia; 2 I provvedimenti cautelari a strumentalità attenuata in Italia; 3 La tutela provvisoria nel nuovo codice brasiliano: nozioni generali; 4 La tutela anticipatoria di urgenza antecedente: aspetti processuali; 5 Ambito di applicazione e presupposti per la stabilizzazione della tutela anticipatoria di urgenza; 6 La dinamica della stabilizzazione e della definitività del provvedimento anticipatorio di urgenza; 7 Le difficoltà

interpretative sollevate dalla tecnica della stabilizzazione; 8 Dubbi e soluzioni sulla definitività del provvedimento anticipatorio di urgenza stabilizzato: le tre prospettive elaborate in dottrina; 8.1 La prospettiva tendente ad escludere qualsiasi forma di incontrovertibilità del provvedimento stabilizzato; 8.2 La prospettiva che ammette l'attitudine al giudicato del provvedimento stabilizzato; 8.3 La soluzione preferibile: la definitività del provvedimento stabilizzato come autonoma figura di incontrovertibilità processuale; 9 Considerazioni conclusive.

RIASSUNTO: Il presente scritto ha ad oggetto la tutela anticipatoria di urgenza e la tecnica della stabilizzazione nel nuovo codice di procedura civile brasiliano. L'Autore effettua un'analisi di diritto comparato con riferimento ai sistemi giuridici di Brasile, Francia e Italia. Dopo aver esaminato i *référé*s nell'ordinamento francese e i provvedimenti cautelari a strumentalità attenuata dell'ordinamento italiano, l'Autore tratta della tutela provvisoria nel nuovo c.p.c. brasiliano, del procedimento relativo alla tutela anticipatoria di urgenza concessa in via antecedente, nonché della dinamica della stabilizzazione e della definitività del provvedimento dell'art. 304. Infine, vengono passate in rassegna le tre soluzioni interpretative elaborate dalla dottrina brasiliana con riferimento alla tecnica della stabilizzazione della tutela anticipatoria di urgenza.

PAROLE-CHIAVE: Nuovo Codice di Procedura Civile. Diritto Processuale Comparato. Tutela Provvisoria. Tutela di Urgenza. Stabilizzazione. Cosa Giudicata. *Référé*. Tutela Cautelare a Strumentalità Attenuata.

RESUMO: O presente trabalho tem por objeto a tutela antecipada de urgência no Novo Código de Processo Civil brasileiro. O Autor conduz uma investigação de direito comparado em relação aos sistemas jurídicos do Brasil, da França e da Itália. Após ter abordado os *référé*s no ordenamento francês e os provimentos cautelares a instrumentalidade atenuada no ordenamento italiano, o Autor trata da tutela provisória no novo CPC brasileiro, do procedimento da tutela antecipada requerida em caráter antecedente e da dinâmica da estabilização e definitividade da decisão do art. 304. Por fim, o Autor faz uma análise das três teorias cunhadas pela doutrina brasileira no que diz respeito à técnica da estabilização da tutela antecipada de urgência.

PALAVRAS-CHAVE: Novo Código de Processo Civil. Direito Processual Comparado. Tutela Provisória. Tutela de Urgência. Estabilização. Coisa Julgada. *Référé*. Tutela Cautelar a Instrumentalidade Atenuada.

INTRODUZIONE

Il presente scritto ha ad oggetto l'istituto della tutela anticipatoria di urgenza e la sua stabilizzazione nel nuovo codice di procedura civile brasiliano che, promulgato il 16 marzo 2015, è entrato in vigore, dopo un anno di *vacatio legis*, il 18 marzo del 2016¹.

- 1 Tra i lavori in materia di stabilizzazione della tutela anticipatoria di urgenza (alcuni dei quali scritti prima dell'entrata in vigore del nuovo codice), segnaliamo senza pretesa di completezza: TALAMINI, Eduardo. Tutela de urgência no projeto de novo Código de Processo Civil: a estabilização da medida urgente e a "monitorização" do processo civil brasileiro. In: *Revista de Processo*, n. 209, p. 13 ss. jul. 2012; MITIDIERO, Daniel. Autonomia e estabilização da antecipação da tutela no novo Código de Processo Civil. In: *Revista Magister de direito civil e processual*, n. 63, nov. dic. 2014, p. 23 ss.; ID., Da tutela provisória. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER, Fredie Jr.; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno (a cura di). *Breves comentários ao Novo Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2015, p. 773 ss.; MARINONI, Luiz Guilherme. *Antecipação da tutela*. 12. ed. São Paulo: RT, 2011; ID., L'evoluzione della tecnica anticipatoria e della tutela preventiva. In: Brasile, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, p. 1353 ss., 2013; MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil*. v. 2, São Paulo: RT, 2015; CUNHA, Guilherme Cardoso Antunes da. Tutelas de urgência satisfativas autônomas. In: *Revista de Processo*, v. 227, p. 141 ss., jan. 2014; THEODORO JR., Humberto. Tutela antecipada. Evolução. Visão comparatista. Direito brasileiro e direito europeu. In: *Revista de Processo*, n. 157, p. 131 ss., mar. 2008; THEODORO JR., Humberto; ANDRADE, Érico. A autonomização e a estabilização da tutela de urgência no Projeto de CPC. In: *Revista de Processo*, v. 206, p. 13 ss., abr. 2012.; PAIM, Gustavo. *Estabilização da tutela antecipada*. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 2012; GRECO, Leonardo. A tutela de urgência e a tutela da evidência no Código de Processo Civil de 2015. In: FREIRE, Alexandre; BARROS, Lucas Buril de Macedo; PEIXOTO, Ravi (a cura di). *Coletânea Novo CPC*. Doutrina Seleccionada, v. 4, Salvador: Juspodivm, 2015, p. 199 ss.; ID., Instituições de processo civil. v. II, 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 351 ss.; MACHADO, Marcelo Pacheco. Simplificação, autonomia e estabilização das tutelas de urgência análise da proposta do Projeto de novo Código de Processo Civil. In: *Revista de Processo*, v. 202, p. 233 ss., dez. 2011; BARBOSA, Andrea Carla. Direito em expectativa: as tutelas de urgência e evidência no projeto de novo código de processo civil. Breves comentários. In: *Revista de Processo*, n. 194, p. 243 e ss., abr. 2011; FERREIRA, Vanessa Elisa Jacob. A tutela de urgência no Brasil: uma proposta de releitura do sistema codificado à luz dos modelos italiano e argentino. In: THEODORO JR., Humberto; LAUAR, Maira Terra (coord.). *Tutelas diferenciadas como meio de incrementar a efetividade da prestação jurisdicional*. Rio de Janeiro: GZ, 2010, p. 276; SOUZA, Artur César de. Análise da tutela antecipada prevista no relatório final da câmara dos deputados em relação ao novo CPC. In: *Revista de Processo*, v. 235, p. 151 ss., set. 2014; YOSHIKAWA, Eduardo Henrique de Oliveira. Tutela de urgência definitiva? Medidas autossatisfativas (Argentina), medidas provisionais (Brasil) e a proposta de estabilização da antecipação de tutela. In: *Revista de Processo*, v. 231, p. 125 ss., maio 2014; DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de, Curso de direito processual civil, 10. ed. v. 2, Salvador: JusPodivm, 2015, p. 561 ss.; NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2015; SICA, Heitor Vitor Mendonça. Primeiras impressões sobre a "estabilização da tutela antecipada". In: *Revista do Advogado*, n. 126, p. 115, maio 2015.; ID., Doze problemas e onze soluções quanto à chamada "estabilização de tutela antecipada". In: FREIRE, Alexandre; BARROS, Lucas Buril de Macedo; PEIXOTO, Ravi (a cura di). *Coletânea Novo CPC*. Doutrina Seleccionada, v. 4, cit., p. 177 ss.; REDONDO, Bruno Garcia. Estabilização, modificação e negociação da tutela de urgência antecipada antecedente: principais controversias. In: *Revista de Processo*, v. 244, p. 167 ss., jun. 2015; In: COSTA, Eduardo José da Fonseca; PEREIRA, Mateus Costa; GOUVEIA, Roberto P. Campos Filho, (a cura di). *Tutela provisória*. Salvador: JusPodivm, 2016, (le citazioni saranno prese da quest'ultima pubblicazione); OLIVEIRA, Weber Luiz de. Estabilização da tutela antecipada e teoria do fato consumado. Estabilização da estabilização?. In: *Revista de Processo*, v. 242, p. 225 ss. 2015; CIANCI, Mirna. A estabilização da tutela antecipada como forma de desaceleração do processo (uma análise crítica). In: *Revista de Processo*, v. 247, 2015; NUNES, Dierle; ANDRADE, Érico. Os contornos da estabilização da tutela provisória de urgência antecipatória no novo CPC e o mistério da ausência de formação da coisa julgada. In: FREIRE, Alexandre; BARROS, Lucas Buril de Macedo; PEIXOTO, Ravi, (a cura di). *Coletânea Novo CPC*. Doutrina Seleccionada, v. 4, cit., p. 61 ss., 2015; GAJARDONI, Fernando da Fonseca. Art. 304. In: GAJARDONI, Fernando da Fonseca; ROQUE, André Vasconcelos; DELLORE, Luis; OLIVEIRA, Zulmar Duarte de Jr. *Teoria geral do processo*. Comentários ao CPC de 2015. São Paulo: Metodo editora, 2015; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; MELLO, Rogerio Licastro Torres de. Primeiros comentários ao novo Código de Processo Civil. 2. ed. São Paulo: RT, 2016; BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Tutela provisória: considerações gerais. In: *O novo Código de Processo Civil*. Questões controvertidas. São Paulo: Gen-Atlas, 2015, p. 253 ss.; LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Tutela provisória e julgamento parcial no CPC de 2015: avanços e perspectivas. In: *O novo Código de Processo Civil*. Questões controvertidas, cit., p. 325 ss.; REZENDE, Ester Camila Gomes Norato. Tutela provisória. In: THEODORO, Humberto Júnior; OLIVEIRA, Fernanda Alvim Ribeiro de; REZENDE, Ester Camila Gomes Norato (coord.). *Primeiras lições sobre o novo direito processual civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 179 ss.; ID., Breves linhas sobre a tutela provisória. In: THEODORO JR., Humberto (coord.). *Processo civil brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 2016, p. 79 ss.; TOSCAN, Anissara. *Preclusão processual civil*. Estática e Dinâmica. São Paulo: RT, 2015,

In via preliminare e salvo le ulteriori specificazioni che verranno fornite in seguito, è necessario ricordare – soprattutto pensando a dei lettori non brasiliani – che in Brasile per «stabilizzazione della tutela anticipatoria di urgenza» («estabilização da tutela antecipada de urgência»)², si intende la autonomia e l'indipendenza di quest'ultima dal giudizio a cognizione piena ed esauriente avente ad oggetto la tutela finale e definitiva³. Dal punto di vista degli effetti del provvedimento, con la formula «stabilizzazione della tutela anticipatoria di urgenza», si indica l'idoneità di tale atto ad essere – qualora ricorrano le condizioni indicate dalla legge – una «decisione giudiziale capace di regolare la crisi di diritto sostanziale, anche dopo l'estinzione del processo precedente e senza la prosecuzione del processo principale o di cognizione piena»⁴. Si tratta, quindi, di una «stabilizzazione

spec. p. 205 ss.; NEVES, Daniel Amorin Assumpção. *Novo Código de Processo Civil Comentado*. Salvador: Jus Podivm, 2016, p. 487 ss.; DINAMARCO, Cândido Rangel. O novo Código de Processo Civil brasileiro e a ordem processual civil vigente. In: *Revista de Processo*, v 247, set. 2015, p. 63 ss.; ID., Instituições de direito processual civil, v. I, 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2016; DINAMARCO, Cândido Rangel; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. *Teoria geral do novo processo civil*. São Paulo: Malheiros, 2016; TÊSSER, André Luiz Bauml. *Tutela cautelar e antecipação de tutela*. São Paulo: RT, 2014, p. 159 ss.; ID., As diferenças entre a tutela cautelar e a antecipação de tutela no CPC/2015. In: FREIRE, Alexandre; BARROS, Lucas Buriel de Macedo; PEIXOTO, Ravi (a cura di), *Coletânea Novo CPC*: Doutrina Seleccionada, v 4, cit., p. 23 ss.; VASCONCELLOS, Heloisa de Almeida. *A estabilização da tutela antecipada no Novo Código de Processo Civil*. Dissertação mestrado USP, 2016; YARSHELL, Flávio Luiz. *A tutela provisória (cautelar e antecipada) no novo CPC: grandes mudanças?* (IX). In: www.cartaforense.com.br, acesso em: 14 jun. 2016; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva. *Tutela provisória*. São Paulo: RT, 2016; GOMES, Frederico Augusto; NETO, Rogério Rudiniki. Estabilização da tutela de urgência: algumas questões controvertidas. In: FREIRE, Alexandre; BARROS, Lucas Buriel de Macedo; PEIXOTO, Ravi (a cura di), *Coletânea Novo CPC*: Doutrina Seleccionada, v. 4, cit., p. 161 ss.; WAMBIER, Luís Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de processo civil*. 16. ed. v. 2, São Paulo: RT, 2016, p. 859 ss.; CÂMARA, Alexandre Freitas. *O nosso processo civil brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Gen Atlas, 2016, p. 161 ss.; PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *Direito processual civil contemporâneo*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 522 ss.; NEVES, Daniel Amorin Assumpção. *Manual de direito processual civil*. 8. ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 449 ss.; COSTA, Eduardo José da Fonseca. Art. 304. In: STRECK, Lenio Luiz; CUNHA, Leonardo Carneiro da; NUNES, Dierle; FREIRE, Alexandre. (a cura di), *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 426 ss.; MEDINA, José Miguel Garcia. *Novo Código de Processo Civil comentado*. São Paulo: RT, 2015; ID., *Direito processual civil moderno*, 2. ed. São Paulo: RT, 2016; DONIZETTI, Elpidio. *Curso didático de direito processual civil*. 19. ed. São Paulo: Gen Atlas, 2016; MACIEL, Vicente de Paula Jr. As tutelas de urgência no novo CPC brasileiro. In: *Studi in onore di Nicola Picardi*. Milano: Giuffrè, 2016 (in corso di pubblicazione).

- 2 La tutela anticipada de urgência nel diritto brasiliano corrisponde, sostanzialmente, alla tutela cautelar anticipatoria del sistema italiano, come vedremo nel par. 4 di questo scritto.
- 3 Sulla nozione di tutela finale e definitiva vedi infra par. 4. In dottrina si parla anche solo di «stabilizzazione della tutela anticipatoria». In questi termini si veda: PELLEGRINI GRINOVER, Ada. Tutela jurisdiccional diferenciada: a antecipação e sua estabilização. In: *Revista de processo*, n. 121, p. 11 ss., mar 2005, e in: ID., O processo: estudos e pareceres. São Paulo: DJP, 2006, p. 30 ss. Per l'utilizzo della stessa espressione si vedano anche: SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Primeiras impressões sobre a "estabilização da tutela antecipada"*, cit., p. 115; OLIVEIRA, Weber Luiz de. Estabilização da tutela antecipada e teoria do fato consumado. Estabilização da estabilização?, cit., p. 225 ss. Parla di "stabilizzazione delle tutele di urgenza" BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Estabilização das tutelas de urgência. In: YARSHELL, Flávio Luiz; MORAES, Maurício Zanoide de. (a cura di), *Estudos em homenagem a Ada Pellegrini Grinover*. São Paulo: DJP, 2005, p. 660 ss.; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva. *Tutela provisória*, op. cit., p. 218 ss.
- 4 Si tratta della definizione data da THEODORO Jr., Humberto. *Curso de direito processual civil*. v. I, cit., p. 667, e da noi liberamente tradotta. Scrive l'A.: «a nova codificação admite que se estabilize e sobreviva a tutela de urgência satisfativa, postulada em caráter antecedente ao pedido principal, como decisão judicial hábil a regular a crise de direito material, mesmo após a extinção do processo antecedente e sem o sequenciamento para o processo principal ou de cognição plena». Nello stesso senso si vedano: NUNES, Dierle; ANDRADE, Érico. Os contornos da estabilização da tutela provisória de urgência antecipatória no novo CPC e o mistério da ausência de formação da coisa julgada, op. cit., p. 74.

degli effetti del provvedimento anticipatorio satisfattivo»⁵, fenomeno descritto anche come efficacia ultrattiva dell'atto in discorso⁶, che viene, in altre parole, dotato di una durata indeterminata⁷.

La possibilità di ottenere in Brasile un provvedimento anticipatorio di urgenza con effetti ultrattivi e temporalmente illimitati, che vanno al di là del processo in cui l'atto è stato emanato, costituisce una novità di rilievo⁸ (rispetto al sistema previgente⁹) ed è sicuramente da apprezzare nell'ottica di una maggiore economia processuale, essendo divenuto meramente facoltativo lo svolgimento di un processo a cognizione piena ed esauriente sulla tutela finale¹⁰. Tuttavia, come vedremo, la disposizione, di cui all'art.

-
- 5 Così TESSER, André Luiz Bauml. Tutela cautelar e antecipação de tutela, cit., p. 159 ss. In senso analogo si vedano: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; MELLO, Rogerio Licastro Torres de. Primeiros comentários ao novo Código de Processo Civil, op. cit., p. 563; NERY, Nelson Junior; NERY, Rosa Maria de Andrade. Comentários ao Código de Processo Civil, op. cit., 2015, p. 862, secondo cui stabilizzazione significa che «o efeito da medida, pois, não é meramente temporário, válido até a decisão do processo principal: ele ganha força mais ampla»; MACHADO, Marcelo Pacheco. Simplificação, autonomia e estabilização das tutelas de urgência. Análise da proposta do projeto de novo Código de Processo Civil, op. cit., p. 233, secondo cui «a estabilização dos efeitos da tutela de urgência significa, neste caso, somente que a proteção jurídica deferida pelo juiz preservará seus efeitos por tempo indeterminado, até que decisão ulterior a revogue expressamente». Insieme al vocabolo «stabilizzazione», la dottrina brasiliana suole aggiungere anche quello di «autonomizzazione» («autonomização») della tutela anticipatoria di urgenza al fine di indicare che gli effetti del relativo provvedimento potranno perdurare nel tempo in maniera indefinita, a prescindere dalla prosecuzione del successivo giudizio di tutela finale. In questo senso si vedano: MITIDIERO, Daniel. Da tutela provisória. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER, Fredie Jr.; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno. (a cura di), *Breves comentários ao Novo Código de Processo Civil*, op. cit., p. 787, ricorda che «a antecipação da tutela tem os seus efeitos estabilizados indefinidamente no tempo»; MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil*, v. II, op. cit., p. 217. Secondo SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Doze problemas e onze soluções quanto à chamada "estabilização da tutela antecipada"*, op. cit., p. 186, nell'art. 304 il legislatore configura una «tutela sumária definitiva», che si contrappone alla «tutela sumária provisória».
- 6 Parlano di ultrattività di effetti della decisione: GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Art. 304*, cit., p. 899; MEDINA, Jose Miguel Garcia. *Novo código de processo civil comentado*, cit., p. 490; ID., *Direito processual civil moderno*, cit., p. 524.
- 7 Così WAMBIER, Luis Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de processo civil*, op. cit., v. 2, p. 891 ss.
- 8 Già da tempo la dottrina aveva messo in luce la necessità di introdurre un meccanismo di stabilizzazione dei provvedimenti anticipatori, si vedano: PELLEGRINI GRINOVER, Ada, *Proposta de alteração ao código de processo civil justificativa*, in *Revista de processo*, São Paulo, n. 86, 1997, p. 191 ss.; ID., *Tutela jurisdicional diferenciada: a antecipação e sua estabilização*, cit., p. 11 ss.; RICCI, Edoardo Flavio, *A tutela antecipatória brasileira vista por um italiano*, traduzione di TUCCI, José Rogério Cruz e, in *Gênesis Revista de Direito Processual*, v. 6, 1997; BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Estabilização das tutelas de urgência*, op. cit., p. 660.
- 9 Il codice del 1973 limitava, infatti, l'efficacia del provvedimento di urgenza al processo in cui era stato concesso. Si vedano sul punto: REZENDE, op. cit., p. 193 ss.
- 10 GAJARDONI, op. cit., p. 895, considera la tecnica della stabilizzazione come «proporzionale e ragionevole», in quanto evita la proposizione di processi inutili, pur non nascondendo la propria sfiducia quanto alla sua effettiva utilità.

304 del nuovo c.p.c., ha già suscitato – tra gli studiosi brasiliani – dubbi, critiche e perplessità che, come vedremo, sono in parte condivisibili¹¹.

Ciò detto, la scelta di analizzare – durante un congresso dedicato al confronto tra sistemi processuali – l’istituto della stabilizzazione della tutela anticipatoria di urgenza dipende non solo dall’importanza che riveste tale tecnica processuale all’interno del nuovo processo civile brasiliano¹², ma anche dall’interesse scientifico di effettuare un’indagine comparativa del richiamato meccanismo in Brasile, in Francia e in Italia¹³.

Infatti, come già indicato da più parti in dottrina e come, d’altra parte, riconosciuto espressamente nella Relazione di accompagnamento della prima versione del progetto di nuovo codice¹⁴, il modello che ha servito di ispirazione al legislatore brasiliano, per dettare le disposizioni sulla stabilizzazione della tutela anticipatoria di urgenza, è stato quello dei *référé*s francesi, che, storicamente, si caratterizza per la sua autonomia e indipendenza rispetto al successivo giudizio principale di merito¹⁵. Tale modello francese, come noto, è stato preso come riferimento anche in Italia

- 11 Come riferisce DINAMARCO, Cândido Rangel. *O novo Código de Processo Civil brasileiro e a ordem processual civil vigente*, cit., p. 63 ss, spec. § 16; ID., *Instituições de direito processual civil*, v. I, cit., p. 62, secondo cui: «*As disposições contidas no art. 304 e seus parágrafos vêm dando origem a muitas dúvidas, questionamentos e críticas ao Código, especialmente em razão das incertezas que ficaram no ar*». In senso parimenti critico si veda MACIEL, Vicente de Paula Jr. *As tutelas de urgência no novo CPC brasileiro*, cit., § 4, che parla di un trattamento normativo del tutto inadeguato per la tutela di urgenza nel nuovo c.p.c.
- 12 La dottrina brasiliana riconosce, infatti, che il meccanismo della stabilizzazione della tutela anticipatoria costituisca una delle principali novità del codice del 2015, in questo senso: SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Aspetti fondamentali del nuovo codice di procedura civile brasiliano*, § 12, in: www.judicium.it; THEODORO JR., Humberto. *Curso de direito processual civil*. v. I, op. cit., p. 27.
- 13 Già prima della entrata in vigore del nuovo c.p.c. brasiliano autorevole dottrina si era cimentata nell’effettuare uno studio comparatistico della tutela anticipatoria di urgenza tra Brasile, Francia, Italia e altri ordinamenti ordinamenti europei, si vedano: THEODORO JR., Humberto. *Tutela antecipada. Evolução*. Visão comparatista. Direito brasileiro e direito europeu. op. cit., p. 131-132; THEODORO JR., Humberto; ANDRADE, Érico. *A autonomização e a estabilização da tutela de urgência no Projeto de CPC*. op. cit., p. 13 ss. Per un utile e approfondito raffronto tra la tutela sommaria in Italia e in Brasile, segnaliamo ANDRADE, Érico. *A técnica processual da tutela sumária no direito italiano*. In: *Revista de Processo*, v. 179, p. 175 ss., jan. 2010.
- 14 Nell’esposizione dei motivi del Progetto di nuovo codice elaborato dalla Commissione di Giuristi nominata con atto della Presidenza del Senato Federale n. 379 del 2009 si legge: « [...] il nuovo codice di procedura civile, ispirandosi al sistema italiano e a quello francese, ha creato la stabilizzazione della tutela [...] che permette di mantenere l’efficacia della misura di urgenza, o di anticipatoria di tutela, fino a quando venga eventualmente proposta impugnazione dalla parte contraria». Si tratta di una nostra libera traduzione della seguente frase in lingua originale: « [...] o novo Código de Processo Civil criou, inspirado no sistema italiano e francês, a estabilização de tutela [...], que permite a manutenção da eficácia da medida de urgência, ou antecipatória de tutela, até que seja eventualmente impugnada pela parte contrária» (p. 29).
- 15 Come riconosciuto da più parti il modello di riferimento per l’elaborazione della stabilizzazione è stato quello franco-italiano, si vedano in questo senso: SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Doze problemas e onze soluções quanto à chamada “estabilização da tutela antecipada”*, cit., p. 180; ID., *Aspetti fondamentali del nuovo codice di procedura civile brasiliano*, cit., § 12; LUCON, Paulo Henrique dos Santos. *Tutela provisória e julgamento parcial no CPC de 2015: avanços e perspectivas*. op. cit., p. 337: «*a tutela antecipada aproximou-se dos référé*s previstos nos ordenamentos jurídicos belga, francês e luxemburguês e da tutela antecipada do direito

per l'elaborazione delle riforme del 2003 e del 2005 per l'introduzione della c.d. strumentalità cautelare «attenuata o debole» dei provvedimenti di urgenza, dei provvedimenti emessi a seguito di denuncia di nuova opera o di danno temuto e dei provvedimenti cautelari idonei ad anticipare gli effetti della sentenza di merito (menzionati dall'art. 669 octies, comma 6, c.p.c.), nonché dell'abrogato procedimento sommario di cognizione del processo societario dell'art. 19 del decreto legislativo n. 5 del 2003¹⁶. Tuttavia, come vedremo nel corso della presente indagine, la tecnica brasiliana della stabilizzazione, adottata nella definitiva e vigente versione del codice di rito, diverge per alcuni aspetti dal modello del «provvisorio indipendente»¹⁷ che caratterizza i *référé* francesi, così come dall'efficacia indefinitamente protratta posseduta dai provvedimenti cautelari dell'art. 669 octies, comma 6, c.p.c. italiano¹⁸: la discrepanza riguarda, in particolare, una certa incontrovertibilità e immutabilità di cui pare essere dotato il provvedimento anticipatorio di urgenza brasiliano e che, al contrario, è assente sia in Francia nel provvedimento di *référé* che in Italia nel provvedimento cautelare a strumentalità attenuata¹⁹.

Per mettere in rilievo convergenze e divergenze tra i tre sistemi giuridici in esame e, quindi, comprendere meglio la soluzione normativa adottata dal codice brasiliano con riferimento alla stabilizzazione della tutela anticipatoria di urgenza, sarà necessario ricordare, brevemente, la disciplina francese dei *référés* e quella italiana della tutela cautelare, per poi passare a descrivere il regime generale della tutela provvisoria in Brasile, trattando, in particolare, del procedimento relativo alla tutela

italiano, ao deixar de impor, em todos os casos, o exame definitivo na sentença de mérito»; VASCONCELLOS, Heloisa de Almeida. *A estabilização da tutela antecipada no Novo Código de Processo Civil*. op. cit., p. 16.

16 Sulla influenza del diritto francese quanto alla elaborazione delle riforme italiane del 2003 e del 2005 rispetto alla strumentalità cautelare attenuata e all'abrogato procedimento sommario societario dell'art. 19 del d.lgs. n.5 del 2003, sia permesso di rinviare a BONATO, Giovanni. I *référés* nell'ordinamento francese. In: CARRATTA, Antonio (coord.). *La tutela somaria in Europa*. Napoli: Jovene, 2012, p. 35 ss., spec. p. 67 ss; ID., Os *référés* no ordenamento francês. In: *Revista de Processo*, n. 254, 2016, § 11.

17 Per l'utilizzo dell'espressione «provvisorio indipendente» si veda CHAINAIS, Cécile. *La protection juridictionnelle provisoire dans le procès civil en droit français et italien*. Paris: LGDJ, 2007, p. 224.

18 Per l'utilizzo della formula «efficacia provvisoria indefinitamente protatta» si vedano: MANDRIOLI, Crisanto, *I provvedimenti presidenziali nel giudizio di separazione dei coniugi*, Milano: Giuffrè, 1953, p. 146; MANDRIOLI, Crisanto; CARRATTA, Antonio. *Diritto processuale civile*. 23. ed. Torino: Giappichelli, 2014, v. I, p. 22, e v. IV, p. 265 e 266.

19 La discrepanza tra il modello franco-italiano della stabilizzazione e quello brasiliano del c.p.c. del 2015 è stata messa in luce dalla dottrina più attenta, si vedano: MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil*, v. 2, op. cit., p. 217; MITIDIERO, Daniel. Da tutela provisória. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER, Fredie Jr.; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno. (a cura di), *Breves comentários ao Novo Código de Processo Civil*. op. cit., p. 789; REZENDE, Ester Camila Gomes Norato. *Tutela provisória*. op. cit., p. 208. Si è, infatti e giustamente, parlato (GAJARDONI, op. cit., p. 891), di un'introduzione «confusa» nell'ordinamento brasiliano della tecnica italiana della stabilizzazione degli effetti della tutela anticipata.

anticipatoria di urgenza concessa in via antecedente. Avremo, quindi, le nozioni per poter poi affrontare il meccanismo della stabilizzazione della tutela anticipatoria di urgenza, analizzando il suo ambito di applicazione, i suoi presupposti e, infine, e gli effetti e l'immutabilità del provvedimento.

2 I RÉFÉRÉS IN FRANCIA

Non possiamo, in questa sede, analizzare in maniera esaustiva l'istituto francese del *référé*²⁰, la cui trattazione ha, pertanto, la sola finalità di ricordare alcuni aspetti essenziali che potranno essere utili per comprendere la tecnica brasiliana della stabilizzazione della tutela anticipatoria di urgenza²¹.

La nascita ufficiale dell'istituto in questione viene fatta risalire all'Editto Reale del 22 gennaio del 1685 sulla procedura dello *Châtelet* di Parigi; il *référé* venne, successivamente, disciplinato dal c.p.c. del 1806²² e

-
- 20 Abbiamo, infatti, già analizzato l'istituto francese in altra occasione, si veda BONATO, Giovanni. *I référés nell'ordinamento francese*, cit., p. 35 ss. La letteratura sul punto è molto ampia, si vedano, senza pretesa di completezza: PERROT, Roger. *L'évolution du référé*. In: *Mélanges Hébraud*. Toulouse: Université Toulouse 1, 1981, p. 645 e ss.; LEFEUVRE Claudie, *Le référé en droit des sociétés*, Aix-en-provence: Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2006; STRICKLER, Yves, *Référés*. In: CADDIET, Loïc. (a cura di), *Dictionnaire de la justice*. Paris: Presses Universitaires de France, 2004, p. 1127 e ss.; CAYROL, Nicolas. *Référé civil*, in *Répertoire procédure civile*, Paris: Dalloz, 2006; CHAINAIS, Cécile. *La protection juridictionnelle provisoire dans le procès civil en droit français et italien*, cit., *passim*; VUITTON, Jacques; VUITTON, Xavier. *Les référés*. 2. ed. Paris: LexisNexis, 2006, p. 2; GUINCHARD, Serge; FERRAND, Frédérique; CHAINAIS, Cécile. *Procédure civile*. 29. ed. Paris: Dalloz, 2008, p. 310; THEODORO JR., Humberto. *Tutela antecipada. Evolução. Visão comparatista. Direito brasileiro e direito europeu*, cit., pp. 131-132; THEODORO JR., Humberto; ANDRADE, Érico. *A autonomização e a estabilização da tutela de urgência no Projeto de CPC*, cit., p. 13 ss.; VASCONCELLOS, Heloisa de Almeida. *A estabilização da tutela antecipada no Novo Código de Processo Civil*, cit., p. 36 ss.; PAIM, Gustavo Bohrer. *O référé francês*, in *Revista de processo*, n. 203, fev. 2012, p. 99 ss.; ID., *Estabilização da tutela antecipada*, cit., 2012; MITIDIERO, Daniel. *Antecipação da tutela*. 2. ed. São Paulo: RT, 2014, p. 70 ss.; SILVESTRI, Caterina. *Il référé nell'esperienza giuridica francese*. Torino: Giappichelli, 2005; JOMMI, Alessandro. *Il référé provision*. Torino: Giappichelli, 2005; BUONCRISTIANI, Dino. *Sistema dei «référés»: tutela cautelare dal pre-giudizio e tutela urgente senza pre-giudizio*. In: *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2006, p. 514 ss.; D'AMICO, Valerio. *Novità in tema di tutela cautelare alla luce dell'esperienza francese dei référés (Parte prima)*, in *Giusto proc. civ.*, 2007, p. 875 e ss.; ID. *Novità in tema di tutela cautelare alla luce dell'esperienza francese dei référés (Parte seconda)*, in *Giusto proc. civ.*, 2008, p. 253 e ss.; TISCINI, Roberta. *I provvedimenti senza accertamento*. Torino: Giappichelli, 2009.
- 21 Utilizzeremo, pertanto, una delle finalità del diritto comparato, ossia quella di analizzare un sistema straniero al fine di comprendere e interpretare meglio un istituto di diritto interno. Sulle varie finalità della comparazione giuridica si vedano: DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do processo civil moderno*. v. I, 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 159 ss.; TARUFFO, Michele. *Il processo civile di «civil law» e di «common law»: aspetti fondamentali*, in *Foro it.*, 2000, V, c. 345 ss.; DAVID, René; JAUFFRET-SPINOSI, Camille. *I grandi sistemi giuridici contemporanei*. 4. ed. italiana a cura di SACCO, Rodolfo. Padova: Cedam, 2004, p. 3 ss.; VARANO, Vincenzo; BARSOTTI, Vittoria. *La tradizione giuridica occidentale*, v. I, *Testo e materiali per un confronto di civil law common law*, 4. ed. Torino, 2010, p. 19 ss.; GAMBARO, Antonio; SACCO, Rodolfo; VOGEL, Louis. *Le droit de l'occident et d'ailleurs*, Paris: LGDJ, 2014, p. 1 ss.
- 22 Per l'evoluzione storica dell'istituto del *référé* si vedano: MEIJERS, Eduard Maurits. *Le développement des ordonnances sur référé en France*. In: *Rev. hist. de droit français et étranger*, p. 266 e ss., 1948; PERROT, Roger. *L'évolution des référés*, cit., p. 648 ss.

poi dal vigente c.p.c. del 1975, nel cui primo libro troviamo la definizione e regole generali dell'istituto relative alla domanda, al procedimento, all'ordinanza e alla sua impugnabilità, mentre nel secondo libro vengono disciplinate le diverse figure di *référé*, tra cui vale la pena menzionare: il *référé classique* dell'art. 808, fondato sull'urgenza; il *référé de remise en état* dell'art. 809, comma 1; il *référé provision* dell'art. 809, comma 2, fondato sull'evidenza; il *référé préventif* o *probatorie* dell'art. 145 c.p.c.²³.

Inteso quale categoria generale, il *référé* si caratterizza per due tratti essenziali, tra cui ricordiamo: la sommarietà del procedimento, in cui viene in ogni caso assicurato il contraddittorio tra le parti²⁴; la provvisorietà del provvedimento (prevista dall'art. 484 c.p.c.²⁵), da cui deriva l'inidoneità di quest'ultimo a produrre l'autorità di cosa giudicata «*au principal*» (nel merito), come espressamente disposto dall'art. 488, comma 1, c.p.c.²⁶. Pur non vincolando il giudice chiamato a decidere il merito della controversia, le ordinanze di *référé* sono dotate della c.d. «autorità di cosa giudicata provvisoria» che crea un vincolo rispetto allo stesso giudice che ha emanato il provvedimento. Dispone a questo riguardo l'art. 488, comma 2, che l'ordinanza di *référé* «non può essere modificata o revocata se non in caso di nuove circostanze»²⁷.

²³ Non è questa la sede per distinguere i vari tipi di *référés*, rinviamo, pertanto, a VUITTON, Jacques; VUITTON, Xavier. *Les référés*, cit., *passim*.

²⁴ Parla di «*procédure sommaire*» in relazione al *référé* CHAINAIS, Cécile. *La protection juridictionnelle provisoire*, cit., pp. 245-246; sul punto si veda anche TISCINI, Roberta. *I provvedimenti decisori senza accertamento*, cit., pp. 244-245, secondo cui «si tratta di un rito la cui sommarietà trova risposta in una regolamentazione piuttosto scarna».

Ricordiamo che il codice francese contempla anche la figura del provvedimento provvisorio, con finalità cautelare, concesso senza la preventiva instaurazione del contraddittorio. Si tratta del procedimento dell'*ordonnance sur requête*, di cui agli artt. 493-498 c.p.c., che si svolge *inaudita altera parte* e che viene introdotto appunto con una *requête*; procedimento che si conclude con una decisione provvisoria «*rendue non contradictoirement dans le cas où le requérant est fondé à ne pas appeler de partie adverse*» (art. 493). I presupposti per ottenere un'*ordonnance sur requête* francese sono quelli dell'estrema urgenza e dell'effetto sorpresa. L'art. 496, comma 2, nei confronti dell'*ordonnance sur requête* di accoglimento prevede la possibilità per la parte interessata di instaurare il contraddittorio attraverso il c.d. procedimento del *référé-rétractation*.

²⁵ L'art. 484 dispone espressamente che: «L'ordinanza di *référé* è una decisione provvisoria [...]».

²⁶ Sul carattere provvisorio del provvedimento di *référé* si veda: Cass., 12 febbraio 1992, in *Bull. civ.*, 1992, II, 49. La provvisorietà dell'ordinanza in questione costituisce la contropartita della perdita delle garanzie processuali derivanti dalla sommarietà del procedimento, come riconosciuto da VUITTON, Jacques; VUITTON, Xavier. *Les référés*, cit., p. 193. Da ricordare che il Rapporto sulla *Célérité et qualité de la justice*, del 15 giugno 2004, presentato da Jean-Claude Magendí (all'epoca presidente della Corte d'appello di Parigi) conteneva una proposta tendente a trasformare il *référé* in procedimento decisorio sommario, attribuendo alla relativa ordinanza l'autorità di cosa giudicata «*au principal*», dopo il decorso di un certo termine. Tale proposta non diede, tuttavia, luogo a nessuna modifica legislativa. Il testo del Rapporto Magendí può essere letto in: <<http://www.ladocumentationfrancaise.fr/rapports-publics/044000433/index.shtml>>.

²⁷ Sulla c.d. autorità di cosa giudicata provvisoria dell'ordinanza di *référé* si vedano: CHAINAIS, Cécile. *La protection juridictionnelle provisoire*, cit., p. 294, CADIET, Loïc; NORMAND, Jacques; MEKKI AMRANI, Soraya. *Théorie générale du procès*, Paris: Presses Universitaire de France, 2010, p. 896.

Quanto agli aspetti temporali dell'efficacia dell'ordinanza di *référé*, il codice francese non contiene nessuna disposizione espressa al riguardo. Nel silenzio della legge, l'interpretazione dominante di giurisprudenza e dottrina è sempre stata quella di assegnare all'ordinanza di *référé* una vita autonoma rispetto al giudizio principale di merito: è, pertanto, un provvedimento dotato di effetti ultrattivi e temporalmente illimitati, che – in base alla terminologia italiana – possiamo definire come efficacia indefinitamente protratta. In ragione della riconosciuta autonomia e indipendenza del provvedimento di *référé* da un successivo giudizio di merito a cognizione piena ed esauriente, il modello in questione viene denominato come sistema del «provvisorio indipendente»²⁸.

Pur essendo godendo di vita illimitata, il contenuto dell'ordinanza di *référé* può essere ridiscusso e modificato attraverso l'instaurazione di un autonomo processo di merito, per la cui proposizione non sono previsti termini processuali²⁹. Comunque, in ragione della descritta efficacia indefinitamente protratta nel tempo del provvedimento in analisi, si afferma

28 Su cui si vedano: CHAINAIS, Cécile. *La protection juridictionnelle provisoire*, cit., p. 663; D'AMICO, Valerio. *Novità in tema di tutela cautelare alla luce dell'esperienza francese dei référé (Parte prima)*, I, cit., p. 899 e ss.

Pur essendo assolutamente prevalente, il modello del provvisorio indipendente non è di applicazione generale. Esistono delle ipotesi – seppur residuali e di scarsa applicazione pratica – in cui il mantenimento dell'efficacia dell'ordinanza di *référé* viene condizionato alla proposizione di un successivo giudizio di merito. Il provvedimento di *référé* viene, quindi, dotato di un'efficacia solo temporanea; per tale motivo di parla di un modello di «provvisorio dipendente» (CHAINAIS, Cécile. *La protection juridictionnelle provisoire*, cit., p. 663). Da un lato, è presente un orientamento giurisprudenziale che tende a subordinare il mantenimento dell'efficacia dell'ordinanza di *référé* alla proposizione di un successivo giudizio di merito, attribuendo al provvedimento in esame un'efficacia temporanea, si vedano: Cass., 12 febbraio 1992, in *Bull. civ.*, 1992, 49; App. Paris, 13 marzo, 1996, in *JCP*, 1996, II, n. 22632; TGI Paris, (ord. *référé*), 13 e 18 ottobre 1997, in *JCP*, 1997, II, n. 22964; TGI Paris, (ord. *référé*), 9 giugno 1998, in *D. aff.*, 1998, 1702. Dall'altro lato, non mancano delle ipotesi normative in cui il legislatore ha preferito vincolare la sorte di un provvedimento di *référé* ad un giudizio di merito, come in materia di proprietà intellettuale o in materia di concorrenza; ipotesi normative menzionate da CHAINAIS, Chainais. *La protection juridictionnelle provisoire*, cit., 613 ss., alla quale si rinvia.

29 Il processo di merito a cognizione piena instaurato per ridiscutere il contenuto dell'ordinanza di *référé* non viene qualificato come un mezzo di impugnazione del provvedimento; si tratta, infatti, di un processo distinto, introdotto da un'autonoma domanda per giudicare sulla stessa pretesa oggetto del provvedimento provvisorio e non per confermare o meno quest'ultimo (in questo senso si veda, tra gli altri, BOUTY, Cédric, *L'irrévocabilité de la chose jugée en droit privé*, Paris: LGDJ, 2008, p. 79). Pur essendo il procedimento di *référé* e quello di merito autonomi, il carattere provvisorio del primo comporta una forma di subordinazione del giudice del *référé* al giudice di merito: la decisione resa «*au principal*» è destinata a sostituire quella di *référé*, che diverrà caduca per «*perte de fondement juridique*», si veda in tal senso: Cass., 10 marzo 2005, in *Rev. trim. dr. civ.*, 2006, 142 ss.; Cass., 13 luglio 2005, in *Bull. civ.*, 2005, II, 197, secondo cui «*le fond s'imposant au référé dont les décisions sont provisoires, la survenance d'un jugement au fond, postérieurement à la clôture des débats en référé, prive de fondement juridique la décision rendue en référé*».

generalmente che un'ordinanza di référé, anche se provvisoria, può divenire in via di fatto irrevocabile³⁰, in conseguenza della mancata proposizione dell'autonoma azione per ridiscutere il contenuto del provvedimento e, altresí, per effetto del decorso dei termini di prescrizione e decadenza di diritto sostanziale³¹.

2 I PROVVEDIMENTI CAUTELARI A STRUMENTALITÀ ATTENUATA IN ITALIA

Come noto, il descritto sistema dei référés francesi ha «sedotto» il legislatore italiano degli ultimi anni rispetto alle riforme in materia di tutela sommaria³².

Da un lato, è stata mutuata dalla Francia la regola dell'indipendenza del procedimento di référé dal giudizio di merito in riferimento all'«attenuazione» (chiamato anche «allentamento») del vincolo della strumentalità cautelare, di cui agli artt. 23 e 24, d.lgs. n. 5 del 2003 (attualmente abrogati dalla legge n. 69 del 2009) e all'art. 669 octies c.p.c. italiano (come modificato dalla legge n. 80 del 2005 e dalla legge n. 69 del 2009); dall'altro lato, è stato preso come modello di riferimento il référé provision per l'introduzione del procedimento sommario del rito

30 Sul punto si vedano: PERROT, Roger, *L'évolution de référé*, cit., p. 647, secondo cui «*les décisions, provisoires en théorie, sont souvent définitives en fait, dans la mesure où elles s'inscrivent dans le temps de façon irréversible*»; NORMAND, Jacques, *Les facteurs d'accélération en procédure civile*, cit., p. 429; MELIN SOUCRAMANIEN, Berangère, *Le juge des référés*, cit., p. 371; BOUTY, Cédric, *L'irrévocabilité de la chose jugée en droit privé*, cit., p. 79; CHAINAIS, Cécile, *La protection juridictionnelle provisoire dans le process civil en droit français et italien*, cit., p. 402.

31 THEODORO JR., Humberto; ANDRADE, Érico, *A autonomização e a estabilização da tutela de urgência no Projeto de CPC*, cit., § 2; VASCONCELLOS, Heloisa de Almeida, *A estabilização da tutela antecipada no Novo Código de Processo Civil*, cit., p. 52 ss.

32 È opportuno ricordare che nel sistema italiano si rinvencono tre tipi di procedimenti sommari contenziosi: i sommari con funzione decisoria che si concludono con dei provvedimenti idonei a produrre la cosa giudicata materiale; i sommari con funzione esclusivamente esecutiva che si concludono con dei provvedimenti «idonei solo a consentire la veloce formazione di un titolo giudiziale esecutivo, ma non anche a produrre il giudicato sostanziale»; i sommari con funzione cautelare che si concludono con dei provvedimenti idonei a «tutelare provvisoriamente il diritto controverso in via strumentale, ovvero in attesa di ottenere la tutela a cognizione piena ed esauriente». Per questa sistematica rinviamo allo studio di CARRATTA, Antonio, *Struttura e funzione nei procedimenti giurisdizionali sommari*, in ID., *La tutela sommaria in Europa – Studi*, cit., p. 1 ss., spec. p. 16; ID., *Funzione e struttura nella tutela giurisdizionale sommaria*, in ZUFELATO, Camilo; BONATO, Giovanni; SICA, Heitor Vitor Mendonça; CINTRA, Lia Carolina Batista. (a cura di), *I Colóquio Brasil-Itália de direito processual civil*, Salvador: JusPodivm, 2016, p. 317 ss.

societario, di cui all'art. 19, del d.lgs. n. 5 del 2003 (parimenti abrogato dalla legge n. 69 del 2009)³³.

In ragione dell'abrogazione del procedimento sommario di cognizione dell'art. 19 del rito societario del d.lgs. n. 5 del 2003³⁴, concentreremo la nostra attenzione sulla attenuazione della strumentalità cautelare. A questo proposito, giova ricordare che è stata svincolata l'efficacia di alcuni provvedimenti cautelari dall'instaurazione e dalla

33 Riconoscono l'influenza francese sulle riforme relative ai procedimenti cautelari e sommari non decisori, tra gli altri: SASSANI, Bruno. *Il codice di procedura civile e il mito della riforma perenne*, in ZUFELATO, Camilo; BONATO, Giovanni; SICA, Heitor Vitor Mendonça; CINTRA, Lia Carolina Batista. (a cura di), *I Colóquio Brasil-Itália de direito processual civil*, cit., p. 381 ss., spec. p. 398 ss.; CHAINAIS, *La protection juridictionnelle provisoire*, cit., 539; MONTELEONE, Girolamo. *L'evoluzione delle misure cautelari: verso l'introduzione del référé*, in CIPRIANI, Franco; MONTELEONE, Girolamo. (a cura di), *La riforma del processo civile*. Padova: Cedam, 2007, p. 454 ss., spec. pp. 457-458; QUERZOLA, Lea. *La tutela anticipatoria tra procedimento cautelare e giudizio di merito*, Bologna: Bononia, 2006, p. 45 ss.; TISCINI, *I provvedimenti decisori senza accertamento*, op. cit., p. 263.

Giova ricordare che già da tempo la dottrina italiana aveva «subito il fascino» dei *référé*. Il *référé provision* aveva, in particolare, attirato l'attenzione di coloro che auspicavano l'introduzione in Italia di «una forma di tutela sommaria esecutiva, provvisoria e senza giudicato, di carattere atipico», tra cui: MENCHINI, Sergio. *I provvedimenti sommari (autonomi e interinali) con efficacia esecutiva*, in *Giusto proc. civ.*, 2009, p. 367 ss., spec. 380 ss.; ID., *Nuove forme di tutela e nuovi modi di risoluzione delle controversie: verso il superamento della necessità dell'accertamento con autorità di giudicato*, in *Riv. dir. proc.*, 2006, p. 869; PROTO PISANI, Andrea. *Verso la riforma del codice di procedura civile? Prospettive in tema di processi a cognizione piena e sommaria in un recente disegno di legge delega*, in *Foro it.*, 1981, V, c. 226 ss., spec. c. 244; ID., *Verso la residualità del processo a cognizione piena*, in *Studi in onore di Carmine Punzi*, v. I, Torino: Giappichelli, 2008, p. 699 ss., spec. p. 704; CAPONI, Remo. *La tutela sommaria nel processo societario in prospettiva europea*, in *Studi in onore di Giuseppe Tarzia*. Milano: Giuffrè, 2005, v. III, p. 1605 ss., spec. pp. 1636-1637. Un analogo interesse all'ordinamento francese avevano manifestato quegli autori favorevoli a svincolare l'efficacia del provvedimento cautelare – o almeno di alcuni di essi – dalla proposizione e dalla coltivazione del giudizio di merito. Si vedano per tale prospettiva, elaborata già prima dell'entrata in vigore delle riforme del 2003 e del 2005: CHIARLONI, Sergio. *Riflessioni inattuali sulla novella per il processo civile (con particolare riguardo ai provvedimenti cautelari e interinali)*, in *Foro it.*, 1990, V, c. 499 ss., spec. c. 501; PROTO PISANI, Andrea. *Per l'utilizzazione della tutela cautelare anche in funzione di economia processuale: Premessa*, in *Foro it.*, 1998, V, c. 8; ID., *Dodici anni di riforme per la giustizia civile*, in *ivi*, 2001, V, c. 89 ss., spec. c. 94. Anche alcuni progetti di riforma tendevano a svincolare l'efficacia del provvedimento cautelare dal giudizio di merito, si tratta del disegno di legge delega n. S/1463 del 1981 (c.d. progetto Liebman), in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1981, p. 675 ss. (su cui PICARDI, Nicola. *Lavori per la riforma del cod. proc. civ.: i processi speciali*, in *Riv. dir. proc.*, 1982, 747 ss.), nonché del disegno di legge proposto dalla Commissione Tarzia nel 1996, in *Riv. dir. proc.*, 1996, p. 948 ss., spec. p. 964 e p. 1016.

34 Sul procedimento sommario di cognizione di cui all'art. 19 del rito societario la biografia è molto ampia, si rinvia, senza pretesa di completezza, a: LANFRANCHI, Lucio. *Del «giusto» procedimento sommario di cognizione*. In: LANFRANCHI, Lucio; CARRATTA, Antonio. (a cura di), *Davanti al giudice. Studi sul processo societario*. Torino: Giappichelli, 2005, p. 47 ss.; CARRATTA, *I nuovi riti speciali societari*, in LANFRANCHI, Lucio; CARRATTA, Antonio. (a cura di), *Davanti al giudice. Studi sul processo societario*, cit., p. 89 ss.; DI COLA, Il procedimento sommario nel nuovo rito societario: la logica di un procedimento inidoneo a concludersi con il giudicato. In: LANFRANCHI, Lucio; CARRATTA, Antonio. (a cura di), *Davanti al giudice. Studi sul processo societario*. op. cit., p. 283 ss.

prosecuzione del giudizio di merito, quali i provvedimenti d'urgenza, di cui all'art. 700 c.p.c., i provvedimenti emessi a seguito di denuncia di nuova opera o di danno temuto, di cui all'art. 668, gli altri «provvedimenti cautelari idonei ad anticipare gli effetti della sentenza di merito, previsti dal codice civile o da leggi speciali» (art. 669 octies, comma 6)³⁵. In relazione all'efficacia, il comma 9 del citato art. 669 octies stabilisce che: «l'autorità del provvedimento cautelare non è invocabile in un diverso processo», da cui l'inidoneità a produrre la cosa giudicata materiale del provvedimento in questione, del quale la parte può chiedere la modifica o la revoca «se si verificano mutamenti nelle circostanze o se si allegano fatti anteriori di cui si è acquisita conoscenza successivamente al provvedimento cautelare» (art. 669 decies)³⁶. In base alle richiamate disposizioni, parimenti ai *référé*s francesi anche i provvedimenti cautelari italiani, di cui all'art. 669 octies, comma 6, possono durare indefinitamente nel tempo e, in virtù di tale caratteristica, vengono definiti come provvedimenti ad «efficacia indefinitamente protatta»³⁷. Ciò nonostante, tali provvedimenti conservano un carattere provvisorio, essendo soggetti a caducazione o assorbimento da parte della sentenza di merito (art. 669 novies), al pari di tutti i provvedimenti cautelari³⁸. Sebbene si tratti di misure a

35 Sulla strumentalità cautelare si vedano, tra gli altri: PUNZI, Carmine. *Il processo civile*. 2. ed., v. III, Padova: Cedam, 2010, p. 50; RECCHIONI, Stefano. *Il processo cautelare uniforme*. In: CONSOLO, Claudio; CHIARLONI, Sergio. (a cura di), *I procedimenti speciali e sommari*, v. II, 2006, Torino: UTET, p. 35 ss.; LUISO, Francesco Paolo. *Diritto processuale civile*. 8. ed. v. IV, Milano: Giuffrè, 2015, p. 221 ss., che parla di una strumentalità «forte» e di una strumentalità «debole»; CARRATTA, Antonio. *Profili sistematici della tutela cautelare*. in: ID., (a cura di), *I procedimenti cautelari*. Bologna: Zanichelli, 2013, p. 53 ss. Sulla progressiva perdita della strumentalità cautelare si vedano le considerazioni comparatistiche di MARINONI, op. cit., p. 117 ss.

36 Sull'inidoneità al giudicato sostanziale, di cui all'art. 2909 c.c., dei provvedimenti cautelari, tra gli altri, si vedano: SASSANI, Bruno, *Lineamenti del processo civile italiano*. 4. ed. Milano, Giuffrè, 2014, p. 647, il quale ricorda che la «stabilità dell'ordinanza cautelare non va però confusa con la stabilità propria della cosa giudicata»; PUNZI, *Il processo civile*, v. III, op. cit., p. 53; RECCHIONI, Stefano. *Il processo cautelare uniforme*, op. cit., p. 47 ss., cui si rinvia anche per l'istituto della revoca e modifica dei provvedimenti cautelari (p. 693 ss.); CARRATTA, Antonio. *I nuovi riti speciali societari*, cit., 134; ID., *Profili sistematici della tutela cautelare*, cit., p. 50; MANDRIOLI, Crisanto; CARRATTA, Antonio. *Diritto processuale civile*, v. IV, cit., p. 288; RICCI, Edoardo Flavio. Verso un nuovo processo civile. In: *Riv. dir. proc.*, p. 251, 2003; TISCINI, Roberta. *I provvedimenti decisori senza accertamento*, cit., 160 ss. In giurisprudenza Cass., sez. un., 28 dicembre 2007, n. 27187, in *Foro it.*, 2008, I, c. 766 ss.

37 Per l'utilizzo della formula «efficacia provvisoria indefinitamente protatta» si vedano: MANDRIOLI, Crisanto, *I provvedimenti presidenziali nel giudizio di separazione dei coniugi*, cit., p. 146; MANDRIOLI, Crisanto; CARRATTA, Antonio, *Diritto processuale civile*, cit., v. I, p. 22, e v. IV, p. 265 e 266.

38 RECCHIONI, Stefano, *Il processo cautelare uniforme*, cit., 54 ss.

In proposito è stata messa in luce, oltre alla comune durata indeterminata dell'ordinanza di *référé* e della misura cautelare anticipatoria italiana, anche l'analoga portata dell'art. 669 octies, comma 9, c.p.c. italiano («l'autorità del provvedimento cautelare non è invocabile in un diverso processo») e dell'art. 488, comma 1, c.p.c. francese («l'ordonnance de *référé* n'a pas, au principal, l'autorité de la chose jugée»)

durata indeterminata, i provvedimenti cautelari italiani a strumentalità «attenuata» o «debole» – al pari dei *référés* francesi – restano, quindi, dotati di una «vita ‘provvisoria’», in quanto – oltre a essere assoggettati all’azione di revoca e modifica – possono essere «travolti dal provvedimento definitivo o principale ‘in attesa’ o ‘in vece’ del quale sono stati emanati ed al quale sono funzionalmente ‘preordinati’»³⁹. Pertanto, in Italia come in Francia, la c.d. «stabilità di fatto» resta un elemento accidentale e estrinseco – dipendente dall’inerzia delle parti⁴⁰ – dei provvedimenti cautelari e dei *référés*, la cui essenza giuridica è data dalla loro provvisorietà, dalla loro c.d. «instabilità in diritto»⁴¹, potendo essere rimessi in discussione da un successivo provvedimento definitivo⁴². Sulla base di tali premesse,

rispetto all’inattitudine delle misure in discorso a vincolare il giudice del processo principale di merito (così RECCHIONI, Stefano. *Il processo cautelare uniforme*, cit., 50). Analogia che sembra parimenti rinvenirsi in relazione alla revoca e modifica dei provvedimenti in esame: l’autorità di cosa giudicata «*au provisoire*» delle ordinanze di *référé* sarebbe assimilabile al «giudicato cautelare» delle misure cautelari; formule queste con le quali si suole designare quella – limitata e parziale – stabilità dei provvedimenti provvisori in questione, data dalla mancanza di quelle circostanze legittimanti le azioni di revoca o di modifica dell’atto, di cui agli artt. 488, comma 2, c.p.c. francese e 669 *decies* c.p.c. italiano. In questa direzione, si può richiamare la posizione di SALETTI, Achille. *Vers le référé en Italie*, in *Justice et droits fondamentaux. Mélanges Normand*, Paris: Litec, 2004, p. 421, il quale rispetto ai provvedimenti cautelari a strumentalità attenuata parla di «*autorité de la chose jugée au provisoire*» (p. 424). Sul c.d. «giudicato cautelare» si vedano: TISCINI, Roberta. *I provvedimenti decisori senza accertamento*, cit., p. 165 ss., secondo cui l’espressione giudicato cautelare evoca «una certa stabilità» del provvedimento rispetto al potere di revoca e modifica, nonché ai limiti di riproposizione dell’istanza cautelare precedentemente rigettata; LUISO, Francesco Paolo. *Diritto processuale civile*, v. IV, cit., p. 223, il quale parla del «giudicato cautelare» in relazione alla revoca e modifica del provvedimento cautelare, ricordando che si tratta, comunque, di una nozione utilizzata «in senso atecnico». Mentre per RECCHIONI, Stefano. *Il processo cautelare uniforme*, cit., p. 51 (nt. 220) e p. 577, il giudicato cautelare opererebbe rispetto ai limiti di riproposizione dell’istanza cautelare derivante dal provvedimento di rigetto, di cui all’art. 669 *septies*; CARRATTA, Antonio. *Profili sistematici della tutela cautelare*, cit., p. 42; BARLETTA, *La riproposizione della domanda cautelare*, Milano, 2008, p. 187 ss.

39 Così CARRATTA, *I nuovi riti speciali societari*, cit., 134. Rispetto ai provvedimenti in discorso parla di «provvisoria stabilità» PUNZI, *Il processo civile*, III, cit., 52. Sulla progressiva perdita della strumentalità cautelare si veda MARINONI, Luiz Guilherme. *Antecipação da tutela*, cit., p. 117 ss.

40 A questo proposito MELIN SOUCRAMANIEN, Bérangère. *Le juge des référés*, cit., 371, sottolinea che la definitività in fatto dell’ordinanza di *référé* dipende dalla volontà delle parti, dalla loro volontà di non voler «*poursuivre le litige*».

41 RECCHIONI, Stefano. *Il processo cautelare uniforme*, cit., pp. 54-55. Sulla circostanza che la provvisorietà del provvedimento non implichi necessariamente anche la provvisorietà degli effetti si veda PROTO PISANI, Andrea. *Appunti sulla tutela cautelare nel processo civile*. In: *Riv. dir. civ.*, 1987, parte I, p. 117 ss.; ID., *Lezioni di diritto processuale*, 5. ed. Napoli: Jovene, 2012, p. 598.

42 Così CHAINAIS, Cécile. *La protection juridictionnelle provisoire*, cit., p. 332 ss., ricorda che «*la décision provisoire est toujours tributaire d’une éventuelle décision définitive ultérieure et elle est, quel que soit son contenu, inapte à devenir par elle-même définitive en droit. C’est ce qui garantit son caractère authentiquement provisoire*».

è stato sostenuto che l'autonomia della misura cautelare sia solo di tipo cronologico e non anche di tipo funzionale⁴³.

Grazie a questa rapida «escursione comparatistica» risulta che sia i *référés* francesi che i provvedimenti cautelari italiani a strumentalità attenuata si stabilizzano, ma pur sempre in modo precario, potendo il loro contenuto essere rivisto con un'autonoma azione ordinaria, la cui proposizione non è assoggettata a termini di natura processuale⁴⁴.

3 LA TUTELA PROVVISORIA NEL NUOVO CODICE BRASILIANO: NOZIONI GENERALI

Passando ora all'ordinamento brasiliano, per analizzare il meccanismo della stabilizzazione della tutela anticipatoria di urgenza, è necessario innanzitutto contestualizzare il nuovo dispositivo all'interno del regime della tutela provvisoria, al quale il c.p.c. del 2015 dedica gli articoli dal 294 al 311 che vengono contenuti nel libro V della parte generale del codice e che si compone di tre titoli: il primo sulle disposizioni generali in materia di tutela provvisoria; il secondo sulla tutela di urgenza; il terzo sulla tutela di evidenza⁴⁵.

43 Una parte della dottrina ha, infatti, valorizzato una nozione di tipo «funzionale» della strumentalità cautelare, ritenendo che la riforma italiana del 2005 non abbia fatto perdere ai provvedimenti, di cui all'art. 669 *octies*, comma 6, la loro natura cautelare, pur avendo comportato un «allentamento della (tradizionale) stretta e rigida 'concatenazione temporale' tra il procedimento cautelare ed il successivo giudizio di merito»: così CARRATTA, Antonio. *I nuovi riti speciali societari*, cit., p. 132 ss. e p. 134; ID., *Profili sistematici della tutela cautelare*, cit., p. 52, che utilizza la formula «provvedimenti cautelari a 'concatenazione temporale debole' con il giudizio di merito» (p. 249); analogo richiamo alla funzione strumentale della tutela cautelare è presente in RECCHIONI, *Il processo cautelare uniforme*, cit., 38 ss.; PANZAROLA, Andrea. *I provvedimenti d'urgenza dell'art. 700 c.p.c.*, in CARRATTA, Antonio, (a cura di), *I procedimenti cautelari*, cit., p. 792 ss..

44 Lo nota, infatti, PELLEGRINI, Ada Grinover. Tutela antecipatória em processo sumário. In: ARMENIN Donald, (a cura di), *Tutelas de urgência e cautelares*, cit., p. 19 ss., spec. p. 20, scrive che in Italia e in Francia «a medida antecipatória é dotada de estabilidade, ainda que de caráter precário, pois pode ser modificada ou revogada no processo autônomo».

45 Sulla rilevanza costituzionale della tutela provvisoria si veda: BONICIO, Marcelo Joé Magalhães. *Princípios do processo no novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 134. Sulla tutela provvisoria nel nuovo codice di procedura civile brasiliano la letteratura è già molto ampia, si vedano, senza pretesa di completezza: GRECO, Leonardo. *Instituições de processo civil*. v. II, Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 359 ss.; MACIEL, Vicente de Paula Jr. *As tutelas de urgência no novo CPC brasileiro*, cit., § 4; GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Da tutela provisória*. In: GAJARDONI, Fernando da Fonseca; DELLORE, Luiz; ROQUE, Andre Vasconcelos; OLIVEIRA Jr., Zulmar Duarte de. *Teoria geral do processo. Comentários ao CPC de 2015*, cit., p. 851 ss.; OLIVEIRA, Valdeci Mendes de. O poder Judiciário, o Código de Processo Civil de 2015, a Técnica da Cognição e as Tutelas Provisórias. Breves Considerações. In: *Revista Síntese. Direito Civil e Processual Civil*, n. 97, p. 23 ss., set./out. 2015.

Animato dal lodevole intento di dare un nuovo ed unitario assetto alla tutela sommaria provvisoria – unitarietà che, per le ragioni che saranno spiegate, risulta essere più apparente che reale⁴⁶ – il codice del 2015 crea una categoria generale denominata «tutela provvisoria», cui vengono dedicate le disposizioni di cui agli articoli da 294 a 299⁴⁷.

Come disposto dall'art. 294, prima parte (chiamato *caput* nel diritto brasiliano⁴⁸), la tutela provvisoria è configurata come un *genus* che comprende due *species*: la tutela di urgenza e la tutela di evidenza, le quali vengono differenziate in base al requisito, previsto dalla legge, per la concessione del rispettivo provvedimento⁴⁹.

La tutela di urgenza (la cui disciplina è contenuta agli articoli da 300 a 310) è diretta a neutralizzare il pregiudizio decorrente dalla durata (anche fisiologica) del processo a cognizione piena ed esauriente. Come indicato dall'art. 300, prima parte, affinché il giudice conceda una misura di urgenza è necessario dimostrare la presenza di: «elementi che evidenzino la probabilità del diritto» fatto valere (*fumus boni iuris*); la sussistenza del «pericolo di danno o rischio al risultato utile del processo» (*periculum in mora*)⁵⁰.

-
- 46 Sulla circostanza che l'unitarietà della tutela provvisoria sia più apparente che reale si vedano anche: TESSER, André Luiz Bauml. *As diferenças entre a tutela cautelar e a antecipação de tutela no CPC/2015*, cit., p. 24; NUNES, Dierle; ANDRADE, Érico. *Os contornos da estabilização da tutela provisória de urgência antecipatória no novo CPC e o mistério da ausência de formação da coisa julgada*, cit., p. 64.
- 47 Come segnala BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela provisória: considerações gerais*, cit., pp. 255/256, anche la prima versione del progetto di nuovo codice tendeva all'unitarietà della tutela provvisoria.
- 48 Come riferisce DINAMARCO, Cândido Rangel. *Vocabulário do processo civil*. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 313, il *caput* è la «testa» dell'articolo, la sua prima parte, in cui si trova la «disposizione centrale», che viene seguita da incisi e paragrafi in cui si trovano «disposizioni complementari».
- 49 In tema di tutela provvisoria, è necessario ricordare la lezione di: MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil*, v. 2, cit., p. 198, secondo i quali la tecnica anticipatoria, idonea a dar luogo alle varie forme di tutela provvisoria, ha come finalità quella di «*distribuir de forma isonômica o ônus do tempo no processo*»; e ancora prima MARINONI, Luis Guilherme, *Antecipação da tutela*, cit., *passim*; nella stessa linea si vedano DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil*, cit., v. 2, p. 567.
- 50 L'articolo 300, prima parte, c.p.c. è chiaro nel disporre che: «La tutela di urgenza è concessa quando sussistono elementi che evidenziano la probabilità del diritto e del pericolo di danno o rischio al risultato utile del processo». In lingua originale: «*A tutela de urgência será concedida quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo*». Sui presupposti per la concessione della tutela di urgenza nel c.p.c. brasiliano si vedano, tra gli altri: WAMBIER, Luis Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de processo civil*, v. 2, cit., p. 880; DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil*, cit., v. 2, p. 594 ss.

La tutela di urgenza si suddivide, a sua volta, in: anticipatoria-satisfattiva e in cautelare-conservativa, per la cui concessione sono richiesti i medesimi requisiti sopra ricordati⁵¹. Il primo tipo di tutela di urgenza tende a neutralizzare il c.d. pericolo da tardività e conferisce alla parte la soddisfazione del diritto materiale leso, dandole direttamente un'utilità finale (pur se provvisoria), con l'emanazione di un provvedimento che anticipa gli effetti della futura decisione di merito⁵². Il secondo tipo di tutela di urgenza conferisce alla parte un'utilità strettamente strumentale, in quanto mira ad ovviare il c.d. pericolo da infruttuosità e tende, pertanto, a garantire che la parte ottenga un risultato utile dal processo, attraverso l'emanazione di un provvedimento di tipo cautelare-conservativo⁵³.

Risulta chiaro da quanto precedentemente esposto che la terminologia processuale utilizzata in Brasile per la tutela di urgenza è parzialmente differente rispetto a quella usata in Italia. Possiamo dire, a grandi linee, che l'ambito della tutela di urgenza brasiliana corrisponde a quello della tutela cautelare italiana e, in particolare, che: la tutela anticipatoria di urgenza brasiliana coincide con la tutela cautelare italiana tendente ad

-
- 51 Nel c.p.c. del 1973 si distingueva tra: apparenza del diritto per la tutela cautelare-conservativa; verosimiglianza del diritto per la tutela anticipatoria-satisfattiva. Per ulteriori approfondimenti sul punto si vedano: TESSER, André Luiz Bäuml. *As diferenças entre a tutela cautelar e a antecipação de tutela no CPC/2015*, cit., p. 26; NUNES, Dierle; ANDRADE, Érico. *Os contornos da estabilização da tutela provisória de urgência antecipatória no novo CPC e o mistério da ausência de formação da coisa julgada*, cit., p. 73-74.
- 52 La tecnica della tutela anticipatoria come figura generale, anche indipendente dal requisito della urgenza, è stata introdotta nell'ordinamento brasiliano con la riforma del 1994 (legge n. 8.952 del 13 dicembre 1994) che ha modificato l'art. 273 dell'abrogato c.p.c. del 1973. Sul punto si vedano i lavori di: MARINONI, Luiz Guilherme. *L'evoluzione delle tecnica anticipatoria e della tutela preventiva in Brasile*, cit., p. 1353 ss.; ID., *A antecipação de tutela*, 12. ed., cit.; MITIDIERO, Daniel. *Antecipação de tutela*, cit.
- 53 Sulla distinzione tra pericolo da tardività e pericolo da infruttuosità e, quindi, tra provvedimenti anticipatori e provvedimenti conservativi la letteratura è sterminata, rinviando, tra i tanti, a: CALAMANDREI, Piero. *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*. Padova, 1936; BIAVATI, Paolo. Prime impressioni sulla riforma del processo cautelare. In: *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2005, p. 563 ss., spec. p. 565 ss.; MITIDIERO, Daniel. *Antecipação da tutela*, cit., p. 19 ss.; PROTO PISANI, Andrea. «Procedimenti cautelari», in *Enc. giur. Treccani*, v. XXIV, Roma, 1991, 1 ss.; CARRATTA, Antonio. *Profili sistematici della tutela cautelare*, cit., p. 63 ss.; QUERZOLA, Lea. *La tutela anticipatoria fra procedimento cautelare e giudizio di merito*, cit.; ID., *Tutela cautelare e dintorni: contributo alla nozione di "provvedimento anticipatorio"*, *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2006, p. 787 ss.; RECCHIONI, Stefano, *Il processo cautelare uniforme*, cit.; SCARPINELLA BUENO, Cassio, *Manual de direito processual civil*, cit., p. 218; THEODORO Jr., Humberto, *Curso de direito processual civil*, v. I, cit., p. 607; TESSER, André Luiz Bäuml. *Tutela cautelar e antecipação de tutela*, cit., p. 61 ss.; ID., *As diferenças entre a tutela cautelar e a antecipação de tutela no CPC/2015*, cit., p. 26; ID., *A diferença entre perigo de dano e perigo de demora: uma releitura da teoria de piero calamandrei para o processo civil contemporâneo*, in *Revista de processo comparado*, 2015, v. 1, p. 17 ss.; NUNES, Dierle; ANDRADE, Érico. *Os contornos da estabilização da tutela provisória de urgência antecipatória no novo CPC e o mistério da ausência de formação da coisa julgada*, cit., pp. 70-71.

anticipare gli effetti della tutela finale; mentre la tutela cautelare di urgenza brasiliana corrisponde alla tutela cautelare italiana a strumentalità forte, che ha una finalità essenzialmente conservativa e che tende a cristallizzare una situazione di fatto o di diritto⁵⁴.

La seconda species del genus «tutela provisória» è costituita dalla tutela di evidenza, la quale prescinde dalla condizione dell'urgenza e si fonda sulla «intensa probabilità di accoglimento della domanda» dell'attore⁵⁵, ossia sulla inconsistenza della difesa del convenuto⁵⁶, il cui regime – chiaramente ispirato all'istituto del *référé* provision francese – è contenuto nell'art. 311, al cui interno vengono elencate le fattispecie tipiche che possono dar luogo alla concessione della suddetta misura⁵⁷.

Ciò detto, le due caratteristiche essenziali dei provvedimenti provvisori in esame sono: la loro sommarietà, essendo emanati sulla

-
- 54 Per un'esauritiva analisi comparatistica della tutela di urgenza nel sistema brasiliano e in quello italiano si veda: ANDRADE, Érico. A técnica da tutela sumária no direito italiano. In: *Revista de processo*, v. 179, janeiro 2010, p. 175 ss. Sul punto è interessante ricordare che una parte autorevole della dottrina brasiliana ha sostenuto l'opportunità di utilizzare in Brasile una terminologia simile a quella italiana, denominando come cautelari sia le misure anticipatorie di urgenza che quelle conservative-cautelari. Per questa prospettiva si veda: BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Tutela provisória. In: *Revista do Advogado*, ano XXXV, maio 2015, n. 126, p. 140; ID., *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutela sumárias e de urgência (tentativa de sistematização)*, 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 123 ss. In una prospettiva simile si veda anche DINAMARCO, Cândido Rangel. *Nova era do processo civil*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 59 ss., spec. p. 68, che propone di adottare la categoria unitaria chiamata: «*Medidas aceleratórias de tutela jurisdicionais*» per comprendere le misure anticipatorie (anche quelle non fondate sul requisito della urgenza) e le misure cautelari conservative.
- 55 WAMBIER, Luis Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de processo civil*, v. 2, cit., p. 861, ricordano che la tutela di evidenza si fonda sulla «*intensa probabilidade de procedência da pretensão formulada*».
- 56 Individuano l'elemento centrale della tutela di evidenza nel concetto di «*defesa inconsistente*»: MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil*, v. II, cit., p. 200 ss.;
- 57 In questo senso MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil*, v. II, cit., p. 200 ss. Ricorda sul punto BEDAQUE, José Roberto dos Santos, *Tutela provisória: considerações gerais*, cit., p. 256, che la tutela di evidenza «*identifica o aspecto essencial a essa modalidade de tutela provisória, qual seja, o alto grau de plausibilidade do direito afirmado*». In ogni caso, giova ricordare che la tutela di evidenza non è una vera e propria novità nel sistema brasiliano, in quanto già il codice del 1973 conteneva alcuni meccanismi basati sulla mancanza di una difesa consistente, come all'art. 273, inciso II, e nel § 6° del medesimo articolo. Ad ogni modo, il codice del 2015 innova sul punto, poiché costruisce la tutela di evidenza come una categoria ampia e generale. Sulla tutela di evidenza in generale si vedano: FUX, Luiz, *Tutela de segurança e tutela de evidência*, São Paulo: Saraiva, 1996; COSTA, Eduardo José da Fonseca, *Tutela de evidência no Projeto do Novo CPC – uma análise dos seus pressupostos*. In: ROSSI, Fernando (coord.), *O futuro do processo civil no Brasil*, Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 165 ss.

base di una cognizione che non presenta gli elementi di quella piena ed esauriente⁵⁸; la loro provvisorietà, trattandosi di provvedimenti modificabili e revocabili – inidonei a regolare in via definitiva il diritto dedotto – la cui efficacia è temporanea, essendo limitata alla pendenza del processo (anche durante il periodo della sua sospensione)⁵⁹. Una rilevante eccezione alla provvisorietà della tutela di urgenza è appunto costituita dalla tecnica della stabilizzazione di cui all'art. 304 (oggetto specifico della nostra analisi)⁶⁰.

Dal punto di vista procedimentale, è interessante ricordare che il c.p.c. del 2015 rifiuta la soluzione dell'autonomia del processo cautelare, elimina la duplicità processuale e opta per l'introduzione di un processo totalmente sincretico che include la fase processuale relativa alla tutela provvisoria, passa per la tutela definitiva e culmina con la fase esecutiva⁶¹. In altre parole, tale sincretismo comporta l'esistenza di un processo unico (procedimento-padrão) articolato in più fasi processuali⁶²: una prima fase, previa ed antecedente, che ha ad oggetto solo la domanda di tutela provvisoria; una seconda fase, a cognizione piena ed esauriente finalizzata a decidere sulla domanda di tutela finale (anche chiamata tutela definitiva o tutela principale); una terza fase conclusiva, denominata fase

58 Sulle caratteristiche della cognizione piena ed esauriente si vedano NUNES, Dierle; ANDRADE, Érico. *Os contornos da estabilização da tutela provisória de urgência antecipatória no novo CPC e o mistério da ausência de formação da coisa julgada*, cit., p. 66, che riprendono l'insegnamento di PROTO PISANI, Andrea. *Lezioni di diritto processuale*, cit.

59 La revoca e modifica di una misura di urgenza deve essere legata a un cambiamento della situazione di fatto, come ritengono WAMBIER, Luis Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de processo civil*, v. 2, cit., p. 875; ma in senso contrario BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela provisória: considerações gerais*, cit., p. 262, ritiene che la provvisorietà della misura di urgenza abbia come «consequenza naturale» che il giudice possa revocare e modificare tale atto, anche di ufficio e senza la necessità che siano sorti nuovi fatti.

60 Per le altre caratteristiche dei provvedimenti provvisori in Brasile si vedano: THEDORO Jr., Humberto, *Curso de direito processual civil*, v. I, cit., p. 605; GRECO, Leonardo. *Instituições de processo civil*, v. II, cit., p. 360 ss., secondo cui le caratteristiche della tutela provvisoria nel nuovo c.p.c. sono le seguenti: «*inércia, provisoriedade, instrumentalidade, revogabilidade, fungibilidade e cognição sumária*»; DINAMARCO, Cândido Rangel; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. *Teoria geral do novo processo civil*, cit., p. 26; WAMBIER, Luis Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de processo civil*, v. 2, cit., p. 865; DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil*, cit., v. 2, p. 568.

61 Sul punto WAMBIER, Luis Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de processo civil*, v. 2, cit., p. 862, parlano di una «*inovação elogiável*». Per DINAMARCO, Cândido Rangel; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. *Teoria geral do novo processo civil*, cit., p. 39, tale modello sincretico costituisce «*a mais amplas de todas as características do processo civil brasileiro*».

62 Ricordano DINAMARCO, Cândido Rangel; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. *Teoria geral do novo processo civil*, cit., p. 130, che il procedimento-padrão «*è apto a proporcionar o reconhecimento, o dimensionamento, a preservação e a satisfação de uma pretensão*».

di cumprimento della decisione, diretta all'esecuzione-attuazione della decisione⁶³. Ad ogni modo, giova rilevare che la disciplina della tutela provvisoria, essendo contenuta all'interno della parte generale del c.p.c., si applica ai procedimenti della parte speciale del codice e, quindi, non solo al processo ordinario di cognizione di primo grado, ma anche agli ulteriori gradi di giudizio e alla tutela esecutiva⁶⁴.

Altra novità di rilievo del nuovo c.p.c., che merita di essere ricordata, riguarda la distinzione tra la tutela di urgenza di tipo antecedente e quella di tipo incidentale (art. 294, § unico), il cui elemento distintivo risiede nel diverso momento processuale in cui la tutela viene richiesta, se prima o dopo la proposizione della domanda di tutela finale⁶⁵.

Innovando rispetto al suo predecessore, il nuovo codice permette che la parte richieda, in via antecedente (o preparatoria)⁶⁶, solo la concessione di un provvedimento anticipatorio di urgenza, esponendo sommariamente gli elementi della lite e limitandosi ad indicare (non anche

63 È chiaro che in concreto un processo potrà articolarsi nelle tre fasi, descritte nel testo, come solamente nella prima (concludendosi con la fase provvisoria) o comportare esclusivamente la fase a cognizione piena ed esauriente diretta alla emanazione della decisione sulla domanda di tutela finale. Per ulteriori specificazioni in relazione alle fasi e subfasi del processo sincretico rinviamo a: DINAMARCO, Cândido Rangel; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. *Teoria geral do novo processo civil*, cit., p. 39 ss. e p. 129 ss. Giova ricordare sul punto che il modello di processo sincretico non è una novità introdotta dal c.p.c. del 2015, poiché già la riforma, di cui alla legge n. 11.232 del 2005, aveva soppresso l'autonomia del processo di cognizione e di quello di esecuzione (adottata nella versione originaria del c.p.c. del 1973) creando un processo unitario all'interno del quale alla fase dichiarativa seguiva senza soluzione di continuità la fase di attuazione-esecuzione della sentenza, denominata nel sistema brasiliano come fase di *cumprimento* della decisione. Sull'evoluzione del sistema brasiliano si vedano: MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil*, v. II, cit., p. 682 ss. Il c.p.c. del 1973, influenzato dal modello italiano di tutela cautelare, concepiva il processo cautelare come un processo autonomo e dettava una disciplina frammentaria della tutela provvisoria. Sul sistema brasiliano previgente si veda: THEDORO Jr., Humberto. *Processo cautelar*, 25. ed. São Paulo, Leud, 2010.

64 Si ricorda che la parte speciale del nuovo codice disciplina: nel primo libro, il procedimento ordinario di cognizione e la fase del *cumprimento* della decisione; nel secondo libro, il processo di esecuzione; nel terzo libro, il processo davanti ai tribunali di secondo grado e di legittimità, nonché i mezzi di impugnazione dei provvedimenti giurisdizionali. Sulla sistematica del vigente c.p.c. brasiliano si veda, tra gli altri: DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*, v. I, 8. ed. cit., p. 49 e 50.

65 Utilizzando la terminologia processuale italiana, potremmo dire che la tutela antecedente brasiliana viene richiesta quella chiesta *ante causam* prima della proposizione della causa di merito e la tutela incidentale è quella chiesta in corso di causa, una volta che la parte ha già proposto la domanda di merito. Tuttavia, preferiamo evitare il riferimento a espressioni proprie del processo italiano e riteniamo più opportuno utilizzare formule come tutela in via antecedente e tutela in via incidentale, anche in ragione della struttura sincretica del processo brasiliano.

66 WAMBIER, Luis Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de processo civil*, v. 2, cit., p. 863, utilizzano l'espressione tutela di urgenza richiesta «em caráter preparatório».

a proporre) la domanda di tutela finale (art. 303, prima parte)⁶⁷. In tal caso si seguirà il procedimento regolato dall'art. 303 che può concludersi con un provvedimento di accoglimento idoneo a stabilizzarsi, secondo il meccanismo di cui all'art. 304. Qualora il convenuto non impugni il provvedimento anticipatorio di urgenza e si giunga, pertanto alla sua stabilizzazione, l'attore non sarà, in tale ipotesi, assoggettato all'onere di proporre la domanda di tutela finale (per ulteriori specificazioni vedi infra il paragrafo successivo di questo scritto).

Anche un provvedimento di urgenza conservativo può essere chiesto in via antecedente, indicando, tra l'altro, la lite e il suo fondamento, l'esposizione sommaria del diritto cautelando, nonché il pericolo di danno o rischio al risultato utile del processo (art. 305, prima parte), seguendo il procedimento di cui agli articoli da 305 a 310. In tal caso non trova applicazione la tecnica della stabilizzazione della misura che, in ragione del suo carattere conservativo, possiede un'efficacia temporalmente limitata e necessariamente legata alla proposizione della domanda di tutela finale, a cui è onerato l'attore se vuole evitare la perdita di efficacia del provvedimento provvisorio conservativo (artt. 308 e 309)⁶⁸.

Risulta evidente, quindi, che nel nuovo codice la distinzione tra tutela anticipatoria-satisfattiva e tutela cautelare-conservativa esce dalla porta (considerando l'apparente unificazione dei due tipi di tutela di urgenza), ma rientra dalla finestra, in ragione della descritta diversità di regime che deriva dalle disposizioni, di cui agli articoli da 303 a 301, sia in relazione al procedimento che rispetto all'applicazione della tecnica della stabilizzazione.

Oltre che in via antecedente, la tutela di urgenza può essere chiesta in via incidentale, con una semplice istanza all'interno dello stesso processo già instaurato con la proposizione della domanda di tutela finale e senza, quindi, il pagamento di ulteriori spese processuali (art. 295). Infine, la tutela di urgenza potrà essere richiesta anche in via cumulativa (chiamata anche

67 La dottrina (GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Art. 303*, cit., p. 891) parla in tal caso di «*petição inicial sumarizada*» (domanda introduttiva «sommarrizzata»).

68 L'art. 308, prima parte, dispone che: «*Efetivada a tutela cautelar, o pedido principal terá de ser formulado pelo autor no prazo de 30 (trinta) dias, caso em que será apresentado nos mesmos autos em que deduzido o pedido de tutela cautelar, não dependendo do adiantamento de novas custas processuais*». Dal canto suo, l'art. 309 stabilisce che: «*Cessa a eficácia da tutela concedida em caráter antecedente, se: 1 - o autor não deduzir o pedido principal no prazo legal [...]*». Sul procedimento della tutela di urgenza conservativa concessa in via antecedente si vedano: THEODORO Jr., Humberto. *Curso de direito processual civil*, v. I, cit., p. 638 ss.; WAMBIER, Luis Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de processo civil*, v. 2, cit., p. 887.

concomitante), attraverso la proposizione congiunta e con lo stesso atto introduttivo sia della tutela di urgenza che della tutela finale di merito⁶⁹. Ricordiamo che, al contrario, la tutela di evidenza può essere chiesta solo in via incidentale e non anche in via antecedente⁷⁰.

Da sottolineare, inoltre, che l'art. 298 impone al giudice di motivare «il suo convincimento in modo chiaro e preciso» quando «concede, nega, modifica o revoca la tutela provvisoria». Si tratta di una disposizione che si colloca all'interno della tendenza generale del nuovo c.p.c. rispetto alla valorizzazione della motivazione degli atti processuali⁷¹.

4 LA TUTELA ANTICIPATORIA DI URGENZA ANTECEDENTE: ASPETTI PROCESSUALI

Dopo aver descritto il regime generale della tutela provvisoria, merita di essere ricordato il procedimento relativo alla tutela anticipatoria di urgenza richiesta in via antecedente, di cui all'art. 303, che, purtroppo, non può essere considerato un esempio di chiarezza normativa, così come non detta una disciplina chiara e precisa nemmeno il successivo art. 304⁷².

69 In realtà, il c.p.c. prevede espressamente la possibilità della tutela cumulativa-concomitante solo in relazione alla tutela cautelare-conservativa (art. 308, § 1°), ma secondo una parte della dottrina (con cui concordiamo) è possibile chiedere congiuntamente e con lo stesso atto anche la tutela di urgenza anticipatoria e la tutela finale di merito, così: NERY, Nelson Junior; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Comentários ao Código de Processo Civil*, Revista dos Tribunais, 2015, p. 862; THEDORO Jr., Humberto. *Curso de direito processual civil*, v. I, cit., p. 638 ss.

Tra l'altro, come suggeritomi da ANDRADE, Érico, durante un proficuo scambio di opinioni sulla tutela provvisoria, dalla lettura dell'art. 303, § 5°, c.p.c., si potrebbe, in effetti, dedurre che il legislatore abbia previsto l'ipotesi di chiedere in via concomitante la tutela anticipatoria di urgenza e la tutela finale. Infatti, la citata disposizione permette all'attore di indicare nell'atto introduttivo se vuole avvalersi della possibilità di chiedere la sola tutela anticipatoria. Se ne deduce, quindi, che l'attore ha la possibilità di chiedere con lo stesso atto la concessione delle due tutele, quella anticipatoria di urgenza e quella finale.

70 Tra i tanti, si vedano: WAMBIER, Luis Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de processo civil*, v. 2, cit., p. 871.

71 Su questo aspetto si veda: TUCCI, José Rogério Cruz e. Le garanzie costituzionali della pubblicità degli atti processuali e della *motivazione* delle decisioni nel nuovo c.p.c. brasiliano, in Riv. trim. dir. proc. civ., 2015, p. 1221 ss.

72 Il giudizio della dottrina brasiliana sulla disposizione, di cui all'art. 303, è alquanto negativo, si vedano, tra gli altri: DINAMARCO, Cândido Rangel. *O novo Código de Processo Civil brasileiro e a ordem processual civil vigente*, cit., § 16; ID., *Instituições de direito processual civil*, v. I, cit., p. 62; GAJARDONI, Fernando da Fonseca. Art. 303, cit., p. 894, che parla di una delle parti «più confuse e complesse» del nuovo codice; MACIEL, Vicente de Paula Jr. *As tutelas de urgência no novo CPC brasileiro*, cit., § 4; CIANCI, Mirna. *A estabilização da tutela antecipada como forma de desaceleração do processo (uma análise crítica)*, cit., § 3, secondo cui: «*Mais não seria necessário para concluir pelo verdadeiro retrocesso que a nova ideia traduz, comprometedora do diploma processual, porque incompatível com vários capítulos do diploma, como por revelar em vários aspectos como fator complicador e causador de entraves, resultado do crescimento da atividade recursal.*»

Come già indicato, l'art. 303 permette alla parte istante di formulare solamente la domanda («sommarrizzata») di tutela anticipatoria di urgenza, senza proporre anche la domanda principale, limitandosi, quindi, ad esporre: l'indicazione della domanda di tutela finale (proponibile in un secondo momento), gli elementi della lite, il diritto di cui si chiede la cautela, il pericolo di danno o rischio al risultato utile del processo. Questa fase preliminare si svolge inaudita altera parte (senza la previa convocazione della controparte) e si conclude con il rigetto o l'accoglimento dell'istanza di tutela anticipatoria di urgenza.

Se il giudice ritiene che non sussistano elementi sufficienti per concedere la tutela anticipatoria, invita la parte istante a «emendar» l'atto introduttivo, ossia a modificarlo e integrarlo entro cinque giorni (art. 303, § 6°). Se il ricorrente non risponde all'invito di integrare o modificare l'istanza e il giudice ritiene che non ci siano elementi sufficienti per la concessione della misura, è emanato un provvedimento negativo che rigetta la domanda, chiudendo il processo già alla fase sommaria e senza decidere il merito (art. 303, § 6°), ma che non preclude la riproposizione dell'istanza per la concessione della tutela di urgenza anticipatoria. L'attore ha, in ogni caso, la possibilità di chiedere direttamente una pronuncia sulla tutela finale, dando vita ad un nuovo processo.

Se, invece, il giudice emana un provvedimento di accoglimento in limine litis e inaudita altera parte (a carattere liminare, secondo la terminologia processuale brasiliana⁷³), tale atto viene comunicato al convenuto che dispone di 15 giorni per proporre impugnazione, il «respectivo recurso» (come indica l'art. 304), che nella maggior parte dei casi sarà il mezzo dell'agravo de instrumento (art. 1015, inciso I)⁷⁴. In

73 Nel diritto processuale brasiliano si utilizza l'espressione «*decisão liminar*», in base ad un criterio cronologico, per indicare quel provvedimento che viene emanato *in limine litis*, ossia all'inizio del processo, senza la preventiva instaurazione del contraddittorio con la controparte. In tal senso si vedano: DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil*, cit., v. 2, p. 578, secondo i quali «*Decisão liminar deve ser entendida como aquela concedida in limine litis, isto é, no início do processo, sem que tenha havido ainda a citação ou a oitiva da parte contrária*»; THEODORO Jr., Humberto. *Curso de direito processual civil*, v. 1, cit., p. 618, che richiama l'insegnamento di FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. *Breves notas sobre provimentos antecipatórios, cautelares e liminares*, in *Revista Ajuris*, n. 66, p. 13, e in *Estudos de direito processual em memória de Luiz Machado Guimarães*, Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 25 ss.

74 Nel c.p.c. brasiliano vigente, l'*agravo de instrumento* è il mezzo di impugnazione esperibile contro quelle decisioni interlocutorie (atti che non definiscono il giudizio) che la legge indica espressamente come impugnabili (art. 1015). Si vedano: WAMBIER, Luis Rodrigues; TALAMINI, Eduardo, *Curso avançado de processo civil*, v. 2, op. cit., p. 537; MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil*, v. 2, op. cit., p. 533.

caso di mancata proposizione dell'impugnazione, la misura di urgenza di stabilizza e il processo si chiude per estinzione (art. 304, prima parte e § 1°)⁷⁵. Da segnalare che una parte della dottrina propone un'interpretazione estensiva della parola «recurso», vocabolo che, all'interno dell'art. 304, comprenderebbe non solo i mezzi di impugnazione⁷⁶, ma anche qualsiasi tipo di difesa e manifestazione processuale con cui il convenuto si oppone alla pretesa dell'attore. Impedirebbero la stabilizzazione del provvedimento anticipatorio di urgenza non solo una impugnazione in senso stretto, ma anche la proposizione di altri mezzi di contestazione del provvedimento⁷⁷ e, altresì, ogni tipo di manifestazione processuale con la quale il convenuto dichiara di opporsi alla misura emanata⁷⁸. Sul punto, tuttavia, non sussiste

In particolare, quando si tratta di un provvedimento emanato da un giudice di primo grado, il mezzo di impugnazione sarà l'agravo de *instrumento* (art. 1015, inciso I) che si propone al tribunale (organo di secondo grado); se il provvedimento provvisorio è stato emanato da un organo di secondo grado (*tribunal*) e la decisione è stata emanata in via monocratica, sarà esperibile l'*agravo* interno (art. 1021), mentre se la decisione è stata resa in via collegiale, sarà proponibile un *recurso especial* davanti al Superior Tribunal de Justiça o *recurso extraordinário* davanti al Supremo Tribunal Federal, come specificato da SCARPINELLA BUENO, Cassio. *Manual de direito processual civil*, op. cit., p. 232.

- 75 L'art. 304, *caput* (prima parte), dispone che: «*A tutela antecipada, concedida nos termos do art. 303, torna-se extinta se da decisão que a conceder não for interposto o respectivo recurso*»; l'art. 304, § 1°, dispone che: «*No caso previsto no caput, o processo será extinto*».
- 76 Nel processo brasiliano la categoria dei «*recursos*», di cui all'art. 994 del nuovo c.p.c., corrisponde a quella dei mezzi di impugnazione ordinari del processo italiano, nella misura in cui tanto i primi quanto i secondi si propongono all'interno dello stesso rapporto giuridico processuale che ha dato luogo alla sentenza impugnata e impediscono, pertanto, il passaggio in giudicato della decisione. Sul punto si vedano: MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil*, v. 2, op. cit., p. 501; WAMBIER, Luis Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de processo civil*, v. 2, op. cit., p. 467 ss.; THEDORO Jr., Humberto. *Curso de direito processual civil*, v. II, op. cit., p. 937 ss. Sui mezzi di impugnazione nel diritto brasiliano è classica l'opera di BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil*, 17. ed. v. 5, Rio de Janeiro: Forense, 2013.
- 77 In tal senso si veda SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Doze problemas e onze soluções quanto à chamada "estabilização da tutela antecipada"*, cit., p. 184, secondo cui la stabilizzazione del provvedimento anticipatorio di urgenza viene impedita non solo dall'esperimento di mezzi di impugnazione in senso stretto, ma anche dalla proposizione di altri mezzi di contestazione dell'atto quali il *mandado de segurança*, la *reclamação* e la *suspensão de decisão contrária ao Poder Público*. Si tratta di mezzi di contestazione che sono peculiari al sistema brasiliano e sui quali non possiamo, in questa sede, soffermarci.
- 78 Questa prospettiva permette al convenuto di evitare la stabilizzazione della misura anticipatoria di urgenza attraverso la manifestazione di una contestazione nell'ambito del processo di primo grado, senza la necessità di proporre un'impugnazione (*agravo*). Adottano tale opzione interpretativa i seguenti autori: SCARPINELLA BUENO, Cassio. *Manual de direito processual civil*, op. cit., p. 233, secondo cui «*qualquer manifestação do réu deve ser compreendida no sentido de inviabilizar a incidência do art. 304*». Nello stesso senso si vedano: GRECO, Leonardo. *A tutela da urgência e a tutela da evidência no código de processo civil de 2015*, op. cit., p. 206; GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Art. 304*, op. cit., p. 899, secondo cui il legislatore utilizza il termine «*recursos*» in modo atecnico, comprendendo in esso qualsiasi tipo di contestazione o difesa; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva. *Tutela provisória*, op. cit., p. 220; MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil*, op. cit., v. 2, p. 216, sottolineano che tale

consenso, visto che altra parte della dottrina ritiene – al fine di aumentare i casi di stabilizzazione del provvedimento in esame – che la parola «recurso», all'interno dell'art. 304, prima parte, debba essere interpretata in senso stretto e che, quindi, riguardi solo i mezzi di impugnazione⁷⁹.

In ogni caso, se il convenuto manifesta il proprio disinteresse a contestare il provvedimento anticipatorio di urgenza, il processo si chiude con l'espletamento della sola fase sommaria inaudita altera parte, senza la necessità di proseguire con la fase della cognizione piena ed esauriente. Su tale punto, il nuovo codice segue chiaramente la logica dell'economia processuale del *référé* francese e della tutela cautelare italiana a strumentalità attenuata: se l'attore ha richiesto esclusivamente l'emanazione di un provvedimento provvisorio di urgenza, come accade nel caso della tutela in via antecedente, accontentandosi, quindi, di avere solo una cognizione di tipo sommario, risulterebbe inutilmente dispendioso disporre la prosecuzione necessaria del processo per l'espletamento della cognizione piena ed esauriente⁸⁰.

Essendo così configurata, la descritta struttura procedimentale della tutela anticipatoria di urgenza antecedente presenta un'innequivocabile analogia con il procedimento ingiuntivo (*ação monitoria*)⁸¹: in entrambe le ipotesi

soluzione ha il vantaggio di «*economizar o recurso de agravo e de empresar a devida relevância à manifestação de vontade constante da contestação ou do intento de comparecimento à audiência*»; MITIDIERO, Daniel. *Da tutela provisória*, in WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER JR., Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno. (a cura di), *Breves comentários ao novo Código de Processo Civil*, op. cit., p. 789; TALAMINI, Eduardo. *Tutela de urgência no projeto de novo código de processo civil: a estabilização da medida urgente e a "monitorização" do processo civil brasileiro*, op. cit., p. 29; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; MELLO, Rogerio Licastro Torres de. *Primeiros comentários ao novo Código de Processo Civil*, op. cit., p. 565.

79 In questo senso si vedano: NUNES, Dierle; ANDRADE, Érico. *Os contornos da estabilização da tutela provisória de urgência antecipatória no novo CPC e o mistério da ausência de formação da coisa julgada*, cit., pp. 75-76; CÂMARA, Alexandre Freitas, *O nosso processo civil brasileiro*, op. cit., p. 163; PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *Direito processual civil contemporâneo*, op. cit., p. 524; DONIZETTI, Elpidio. *Curso didático de direito processual civil*, op. cit., p. 496.

80 Per queste considerazioni si veda: RICCI, Edoardo Flavio. *A evolução da tutela urgente na Itália*, in ARMELIN, Donald. (a cura di), *Tutelas de urgência e cautelares*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 384. Ricorda VASCONCELLOS, Heloisa de Almeida. *A estabilização da tutela antecipada no Novo Código de Processo Civil*, op. cit., p. 98, che l'idea principale del nuovo dispositivo «*é tornar o exercício da cognição plena mera faculdade das partes*».

81 Sottolineano l'applicazione della tecnica monitoria: WAMBIER, Luis Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de processo civil*, v. 2, op. cit., p. 892; TALAMINI, Eduardo. *Tutela de urgência no projeto de novo Código de Processo Civil: a estabilização da medida urgente e a "monitorização" do processo civil brasileiro*, op. cit., p. 13 ss.; DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil*, v. 2, op. cit., p. 604 ss.; MITIDIERO, Daniel. *Da tutela provisória*, in *Breves comentários*

siamo in presenza di una cognizione sommaria (perché superficiale) che avviene inaudita altera parte e può sfociare in un provvedimento che, se non impugnato (o contestato) dalla controparte, si stabilizza (nel caso del provvedimento anticipatorio di urgenza) o diviene immutabile (nel caso del provvedimento monitorio)⁸². Per tale motivo, si è parlato in dottrina di «monitorizzazione del processo civile brasiliano»⁸³.

Come detto, se la controparte impugna il provvedimento anticipatorio di urgenza, l'art. 304, prima parte, esclude che tale atto si stabilizzi, perché in tal caso il convenuto dimostra di volere opporsi a quanto deciso con la cognizione sommaria. In tal caso, il processo prosegue scondo le modalità stabilite dall'art. 303, § 1°.

Il giudice assegna all'attore un termine di 15 giorni (o anche superiore) per integrare e completare l'atto introduttivo, produrre nuovi documenti e confermare la domanda di tutela finale all'interno dello stesso processo sincretico (art. 303, § 1°, inciso I)⁸⁴. Se l'attore non compie tale atto di integrazione-completamento, il processo si estingue e il provvedimento anticipatorio di urgenza perde efficacia. Se, invece, l'attore integra e completa l'atto introduttivo, confermando la domanda di tutela finale, il

ao *Novo Código de Processo Civil*, WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER, Fredie Jr.; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno. (a cura di), op. cit., p. 789.

Sull'azione monitoria in Brasile si vedano: MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil*, op. cit., v. 3, p. 231 ss.; THEODORO Jr., Humberto. *Curso de direito processual civil*, v. II, op. cit., p. 382; MARCATO, Antonio Carlos. *Ação monitoria*, in *O Novo Código de Processo Civil. Questões controvertidas*, cit., p. 23; ID., *O processo monitorio brasileiro*, São Paulo: Malheiros, 1998; TUCCI, José Rogério Cruz e. *Ação monitoria*, 3. ed. São Paulo: RT, 2001; TALAMINI, Eduardo. *Tutela monitoria*, 2. ed. São Paulo: RT, 2001.

82 In realtà sull' idoneità al giudicato sostanziale del provvedimento ingiuntivo la dottrina brasiliana non è concorde (vedi *infra* par. 9.1 in nota).

83 Così TALAMINI, Eduardo. *Tutela de urgência no projeto de novo Código de Processo Civil: a estabilização da medida urgente e a "monitorização" do processo civil brasileiro*, op. cit., p. 13 ss., e per la stessa prospettiva anche DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil*, v. 2, op. cit., p. 604.

Alcune differenze intercorrono, tuttavia, tra il procedimento anticipatorio di urgenza di carattere antecedente e quello monitorio, tra cui: i requisiti per la concessione del rispettivo provvedimento, in quanto il procedimento ingiuntivo prescinde dall'urgenza e ha dei requisiti specifici, indicati dall'art. 700 c.p.c. l'impugnazione (*embargos*) del provvedimento ingiuntivo che si propone davanti allo stesso giudice che lo ha emanato, a differenza del provvedimento anticipatorio di urgenza che si impugna, generalmente, con *agravo de instrumento* e, quindi, dinanzi ad un giudice superiore infine, per la tutela anticipatoria di urgenza si segue uno specifico schema processuale, di cui tratteremo nel testo.

84 Il codice parla di «aditamento» dell'atto introduttivo, ossia di una sua integrazione e completamento, ma, in realtà, si tratta della formulazione della domanda di tutela principale di merito (così anche WAMBIER, Luis Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de processo civil*, v. 2, op. cit., p. 891).

processo prosegue e la cognizione da sommaria si trasforma in piena ed esauriente: il convenuto è citato e intimato a comparire all'udienza di conciliazione e mediazione; qualora, poi, le parti non giungano ad una soluzione autocompositiva della controversia, si seguirà il procedimento ordinario⁸⁵.

5 AMBITO DI APPLICAZIONE E PRESUPPOSTI PER LA STABILIZZAZIONE DELLA TUTELA ANTICIPATORIA DI URGENZA

Delineata la tutela provvisoria nel nuovo c.p.c., possiamo ora concentrarci sul meccanismo della stabilizzazione del provvedimento anticipatorio di urgenza, individuando il suo ambito di applicazione e i suoi presupposti.

A questo riguardo, bisogna rilevare che il codice opta per una soluzione alquanto restrittiva, poiché, stando alla lettera dell'art. 304, si stabilizza esclusivamente la misura anticipatoria di urgenza concessa in via antecedente, secondo il procedimento descritto dall'art. 303 (su cui vedi retro par. 5)⁸⁶. Ne risulta che, in base ad una interpretazione strettamente letterale degli artt. 303 e 304, non sono idonee a stabilizzarsi: le misure

85 Nello spiegare, per sommi capi, il procedimento della tutela anticipatoria di urgenza in via antecedente abbiamo accolto quella che ci pare essere la migliore interpretazione dell'art. 303 che viene proposta dalla dottrina brasiliana (in particolare da THEODORO Jr., Humberto, *Curso de direito processual civil*, v. I, op. cit., p. 657 ss.; GAJARDONI, op. cit., p. 893). Ad una prima lettura, l'art. 303 potrebbe far pensare che il termine di 15 giorni a carico dell'attore (per il compimento dell'atto di integrazione e completamento dell'atto introduttivo) inizi a decorrere insieme al termine di 15 giorni a carico del convenuto (per la proposizione dell'impugnazione contro il provvedimento anticipatorio di urgenza). Tale interpretazione strettamente letterale, tuttavia, non convince e pare più opportuno adottare l'interpretazione sistematica, secondo cui il giudice fisserà il termine a carico dell'attore solo successivamente al decorso del termine a disposizione del convenuto per l'esercizio dell'impugnazione. Se, infatti, la controparte non propone impugnazione, la misura anticipatoria di urgenza si stabilizza, il giudice estingue il processo e il rapporto controverso verrà regolamentato dal provvedimento sommario e, quindi, non c'è motivo per imporre all'attore l'onere di realizzare l'integrazione dell'atto introduttivo. Una volta stabilizzata la misura di urgenza, l'attore potrebbe decidere di accontentarsi di tale provvedimento, oppure chiedere una pronuncia a cognizione piena ed esauriente. Altro problema interpretativo, posto dall'art. 303, è se l'attore debba integrare e completare l'atto introduttivo in ogni caso, ossia anche quando ha chiesto cumulativamente la tutela provvisoria e la tutela finale. Ci sembra che in tale ipotesi di tutela in via concomitante, l'attore non debba adempiere all'onere dell'integrazione e completamento dell'atto introduttivo, avendo già proposto la domanda di tutela finale al momento dell'instaurazione del processo.

86 In questo senso, si vedano: SICA, Heitor Vitor Mendonça, *Doze problemas e onze soluções quanto a chamada "estabilização da tutela antecipada"*, op. cit., p. 181; MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel, *Novo curso de processo civil*, v. II, op. cit., p. 214; GAJARDONI, op. cit., p. 896.

di urgenza a carattere conservativo-cautelare⁸⁷; le misure emanate in relazione alla tutela di evidenza⁸⁸; le misure anticipatorie di urgenza concesse in via incidentale⁸⁹. In ragione di tale differenziazione, come già sottolineato, l'unitarietà della tutela di urgenza nel nuovo c.p.c. è solo apparente e non effettiva, visto che, ai fini della applicabilità dell'istituto della stabilizzazione, si dovrà nuovamente distinguere in base al tipo di provvedimento provvisorio concesso, con tutte le conseguenti difficoltà di qualificazione⁹⁰.

Da segnalare che, nonostante la lettera degli artt. 303 e 304, al fine di ampliare le ipotesi di stabilizzazione, una parte della dottrina preferisce adottare una lettura ampliativa del meccanismo di cui all'art. 304, di modo da dotare di effetti ultrattivi e temporalmente illimitati anche i provvedimenti anticipatori di urgenza concessi in via incidentale (o anche

87 L'esclusione della stabilizzazione in tal caso deriva dal carattere conservativo del provvedimento che tende a salvaguardare il risultato utile del processo; in tal caso, infatti, non avrebbe senso protrarre l'efficacia della misura oltre la durata del processo, come anche specificano: WAMBIER, Luis Rodrigues; TALAMINI, Eduardo, *Curso avançado de processo civil*, v. 2, cit., p. 870; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; MELLO, Rogério Licastro Torres de. *Primeiros comentários ao novo Código de Processo Civil*, op. cit., p. 563.

88 L'inapplicabilità dell'istituto della stabilizzazione alla tutela di evidenza viene giustificata in ragione del fatto che questa può essere richiesta solo in via incidentale e, quindi, sarebbe implicita in tal caso la volontà dell'attore di richiedere l'espletamento della cognizione piena e esauriente e di non accontentarsi del solo provvedimento sommario (così GAJARDONI, op. cit., p. 898).

89 La prima parte dell'art. 304 è chiara nel prevedere che si stabilizza la tutela anticipatoria «concessa ai sensi dell'art. 303», che disciplina il procedimento per la tutela anticipatoria di urgenza richiesta in via antecedente. Tra l'altro, l'art. 304 è contenuto all'interno del capitolo II, intitolato «del procedimento della tutela anticipata richiesta in carattere antecedente» («do procedimento da tutela antecipada requerida em caráter antecedente»), che fa parte del titolo II dedicato alla «tutela di urgenza», a sua volta contenuto nel libro V sulla «tutela provvisoria» della parte generale del codice. Adottando, quindi, un'interpretazione strettamente letterale la stabilizzazione si applica solo alla fattispecie di tutela anticipatoria delineata nell'art. 303. La ragione dell'esclusione della tecnica della stabilizzazione alla tutela chiesta in via incidentale viene giustificata in ragione del fatto che, in tal caso, l'attore avrebbe già manifestato, con la formulazione della domanda di tutela finale, il proprio interesse all'effettivo espletamento della cognizione piena e esauriente (così GAJARDONI, op. cit., p. 897).

90 Sulle difficoltà di distinguere, in determinati casi, la tutela di urgenza anticipatoria-satisfattiva da quella cautelare-conservativa, si vedano: TESSER, André Luiz Bauml, *Tutela cautelar e antecipação de tutela*, cit., p. 61 ss.; QUERZOLA, Lea, *La tutela anticipatoria fra procedimento cautelare e giudizio di merito*, cit., p. 129-130, ricorda che «vi sono [...] una serie di ipotesi nelle quali la natura anticipatoria e quella conservativa della misura si fondono, non rendendo semplice (e forse neppure necessaria) la distinzione tra i due momenti»; Per una critica all'unificazione apparente e non effettiva della tutela provvisoria nel nuovo c.p.c. si vedano ancora le lucide riflessioni di TESSER, op. cit., p. 24.

in via concomitante)⁹¹, nonché i provvedimenti emanati nell'ambito della tutela di evidenza⁹².

Inoltre, anche in riferimento alla tutela anticipata di urgenza in via antecedente, l'applicazione del meccanismo della stabilizzazione non è automatica, dovendo ricorrere alcune condizioni cumulative:

- (a) il provvedimento deve essere di accoglimento dell'istanza⁹³;
- (b) il provvedimento deve essere di carattere liminare, emanato in limine litis all'inizio del processo, senza la previa instaurazione del contraddittorio⁹⁴; ma sul punto si potrebbe anche adottare

91 A mio modesto avviso, l'estensione dell'applicazione del meccanismo della stabilizzazione anche ai provvedimenti anticipatori di urgenza concessi in via incidentale risulta essere del tutto giustificata, visto che si tratta di misure della stessa identica natura di quelle anticipatorie di urgenza emanate in via antecedente. Per le medesime ragioni, ritengo applicabile la tecnica della stabilizzazione anche quando l'attore ha proposto, in via concomitante, la domanda di tutela anticipatoria di urgenza e quella di tutela finale.

A favore dell'applicazione della tecnica della stabilizzazione in caso di tutela anticipatoria di urgenza concessa in via incidentale si vedano: RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva, *Tutela provisória*, cit., p. 220; GRECO, Leonardo, *A tutela da urgência e a tutela da evidência no código de processo civil de 2015*, cit., p. 216; ID., *Instituições de processo civil*, v. II, cit., p. 368; LUCON, Paulo Henrique dos Santos, *Tutela provisória e julgamento parcial no CPC de 2015: avanços e perspectivas*, cit., p. 338; REDONDO, Bruno Garcia, *Estabilização, modificação e negociação da tutela de urgência antecipada antecedente: principais controvérsias*, cit., pp. 291-292; VASCONCELLOS, Heloisa de Almeida, *A estabilização da tutela antecipada no Novo Código de Processo Civil*, cit., p. 113-115; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; MELLO, Rogério Licastro Torres de, *Primeiros comentários ao novo Código de Processo Civil*, cit., p. 564. Anche THEODORO JR., Humberto; ANDRADE, Érico, *A autonomia e a estabilização da tutela de urgência no Projeto de CPC*, cit., § 3, e NUNES, Dierle; ANDRADE, Érico, *Os contornos da estabilização da tutela provisória de urgência antecipatória no novo CPC e o mistério da ausência de formação da coisa julgada*, cit., p. 87, sono favorevoli ad applicare il meccanismo della stabilizzazione anche ai provvedimenti anticipatori di urgenza concessi in via incidentale.

92 Per questa prospettiva si vedano: LUCON, Paulo Henrique dos Santos, *Tutela provisória e julgamento parcial no CPC de 2015: avanços e perspectivas*, cit., p. 338; VASCONCELLOS, Heloisa de Almeida, *A estabilização da tutela antecipada no Novo Código de Processo Civil*, cit., p. 112; TOSCAN, Anissara, *Preclusão processual civil*, cit., p. 221; REDONDO, Bruno Garcia, *Estabilização, modificação e negociação da tutela de urgência antecipada antecedente: principais controvérsias*, cit., p. 291-292; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; MELLO, Rogério Licastro Torres de, *Primeiros comentários ao novo Código de Processo Civil*, cit., p. 564.

93 DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de, *Estabilização da tutela provisória satisfativa e honorários advocatícios sucumbenciais*, cit., p. 97; ID., *Curso de direito processual civil*, v. 2, cit., p. 606; SICA, Heitor Vitor Mendonça, *Doze problemas e onze soluções quanto a chamada "estabilização da tutela antecipada"*, cit., pp. 180-181; ID., *Primeiras impressões sobre a "estabilização da tutela antecipada"*, cit., p. 117; TOSCAN, Anissara, *Preclusão processual civil*, cit., p. 215.

94 In tal senso si veda SICA, Heitor Vitor Mendonça, *Doze problemas e onze soluções quanto a chamada "estabilização da tutela antecipada"*, cit., p. 183; ID., *Primeiras impressões sobre a "estabilização da tutela antecipada"*, cit., p. 117.

un'interpretazione ampliativa e ammettere la stabilizzazione anche di quel provvedimento anticipatorio reso dopo l'instaurazione del contraddittorio con il convenuto⁹⁵;

- (c) la controparte non deve aver proposto impugnazione (su tale punto vedi retro par. 5);
- (d) l'attore – secondo la lettura proposta da una parte della dottrina – deve aver fatto espressa richiesta quanto all'applicazione dell'istituto della stabilizzazione nello stesso atto introduttivo⁹⁶; ma su questo punto sembra prevalere l'opinione opposta, secondo cui il meccanismo in discorso si applica automaticamente, salva, in ogni caso, l'espressa rinuncia alla stabilizzazione da parte dell'attore che preferisce ottenere la tutela definitiva e il crisma della cosa giudicata sul diritto dedotto in giudizio⁹⁷.

6 LA DINAMICA DELLA STABILIZZAZIONE E DELLA DEFINITIVITÀ DEL PROVVEDIMENTO ANTICIPATORIO DI URGENZA

Continuando la nostra analisi della tutela anticipatoria di urgenza, come già indicato, in caso di mancata impugnazione da parte del convenuto

95 Il nuovo c.p.c. non prevede espressamente che il giudice possa instaurare il contraddittorio (seppur in forma embrionale) e ascoltare il convenuto prima di decidere sull'istanza relativa alla tutela anticipatoria di urgenza richiesta in via antecedente. Tuttavia, la flessibilità del procedimento, di cui agli artt. 300 e seguenti, pare propendere per tale possibilità. In tal caso, mi sembra sia da ammettere la stabilizzazione del provvedimento anticipatorio anche se emanato dopo l'instaurazione del contraddittorio. Nello stesso senso si pongono anche DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de, *Curso de direito processual civil*, v. 2, op. cit., p. 608.

A maggior ragione, pare da ammettersi l'applicazione della tecnica della stabilizzazione in riferimento al provvedimento emanato dopo la c.d. udienza di «*justificação prévia*», di cui all'art. 300, § 2º, ossia quella udienza che si svolge unilateralmente tra il giudice e l'attore per assumere delle prove costituende, qualora le prove precostituite non siano sufficiente a convincere il giudice. Su tale udienza di «*justificação prévia*» si vedano: WAMBIER, Luis Rodrigues; TALAMINI, Eduardo, *Curso avançado de processo civil*, v. 2, op. cit., p. 871.

96 Per tale prospettiva, si vedano: SICA, Heitor Vitor Mendonça, *Doze problemas e onze soluções quanto a chamada "estabilização da tutela antecipada"*, cit., p. 182, il quale sottolinea che la stabilizzazione è un «beneficio» che non può, quindi, essere applicato contro la volontà dell'attore; DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de, *Estabilização da tutela provisória satisfativa e honorários advocatícios sucumbenciais*, op. cit., p. 96; MITIDIERO, Daniel, *Da tutela provisória*, in WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER Jr.; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno, (a cura di), *Breves comentários ao Novo Código de Processo Civil*, op. cit., p. 787, secondo cui «*Sem expresso requerimento do autor não é possível estabilizar os efeitos da antecipação da tutela*»; TOSCAN, Anissara, *Preclusão processual civil*, op. cit., p. 215.

97 GRECO, Leonardo, *A tutela da urgência e a tutela da evidência no código de processo civil de 2015*, op. cit., p. 206.

e soddisfatte le condizioni, di cui agli artt. 303 e 304, il provvedimento anticipatorio di urgenza si stabilizza, ossia mantiene la sua efficacia – senza limiti temporali – oltre il processo in cui è stato emanato (art. 304, prima parte)⁹⁸; processo del quale il giudice pronuncia l'estinzione (art. 304, § 1°)⁹⁹. Tale stabilizzazione si pone, quindi, come una deroga alla temporarietà e provvisorietà che caratterizza le misure emanate nell'ambito della tutela provvisoria; oppure, secondo una diversa ottica, potremmo dire che la tecnica della stabilizzazione finisce per dare alla provvisorietà della misura un carattere eventuale¹⁰⁰. Una volta acquisita tale stabilità, rispetto alla misura anticipatoria di urgenza si seguiranno le regole sull'esecuzione definitiva e non più di quelle sull'esecuzione provvisoria¹⁰¹.

Anche se stabilizzato, il provvedimento anticipatorio di urgenza non diviene incontrovertibile, almeno non immediatamente (vedi infra), poiché ciascuna parte può proporre un'azione al fine di «rivedere, riformare o invalidare la decisione anticipatoria stabilizzata», come dispone l'art. 304, § 2°¹⁰². Tale azione – denominata in dottrina come «azione revisionale»¹⁰³, «azione di revisione»¹⁰⁴, «azione di modificazione»¹⁰⁵ o, ancora, come

98 Ricordando nuovamente il *caput* (prima parte) dell'art. 304: «*A tutela antecipada, concedida nos termos do art. 303, torna-se estável se da decisão que a conceder não for interposto o respectivo recurso*». Nostra libera traduzione: «La tutela anticipatoria, concessa ai sensi dell'art. 303, diviene stabile se la decisione, che l'ha pronunciata, non viene impugnata».

99 Art. 304, § 1°: «*No caso previsto no caput, o processo será extinto*». Nostra libera traduzione: «Nel caso previsto nel *caput*, il processo sarà estinto».

100 Così REZENDE, Ester Camila Gomes Norato, *Tutela provisória*, op. cit., p. 206, secondo cui: «*A estabilização da tutela antecipada altera caráter importante dessa espécie de provimento emergencial, porquanto transmuta a provisoriedade que em regra é essencial em provisoriedade eventual*».

101 Appena emanato un provvedimento anticipatorio di urgenza, infatti, può essere portato ad esecuzione forzata, secondo le norme sull'attuazione provvisoria delle sentenze. Dispone l'art. 297 che: «*O juiz poderá determinar as medidas que considerar adequadas para efetivação da tutela provisória. Parágrafo único. A efetivação da tutela provisória observará as normas referentes ao cumprimento provisório da sentença, no que couber*».

102 Art. 304, § 2°: «*Qualquer das partes poderá demandar a outra com o intuito de rever, reformar ou invalidar a tutela antecipada estabilizada nos termos do caput*». Nostra libera traduzione: «Una delle parti potrà citare l'altra al fine di rivedere, riformare o annullare la tutela anticipatoria stabilizzata ai sensi del *caput*».

103 In questo senso GAJARDONI, op. cit., p. 902, che parla di «*ação revisional*»; per la stessa terminologia si veda DONIZETTI, Elpídio, *Curso didático de direito processual civil*, op. cit., p. 496, che parla anche di «*ação invalidatória*».

104 WAMBIER, Luis Rodrigues; TALAMINI, Eduardo, *Curso avançado de processo civil*, v. 2, op. cit., p. 896 ss., parlano di «*ação de revisão*».

105 REDONDO, Bruno Garcia, *Estabilização, modificação e negociação da tutela de urgência antecipada antecedente: principais controversias*, op. cit., p. 292, utilizza l'espressione «*ação de modificação*».

«azione revocatoria»¹⁰⁶ – andrà proposta dinanzi allo stesso giudice che ha emanato il provvedimento anticipatorio (art. 304, § 4°)¹⁰⁷. Specifichiamo che, a nostro sommo avviso, l'esercizio dell'azione revisionale non comporta modificazione nell'onere della prova: nonostante la misura anticipatoria di urgenza abbia dato ragione all'attore, quest'ultimo dovrà provare l'esistenza dei fatti costitutivi del suo diritto, mentre il convenuto (sebbene abbia proposto l'azione revisionale) dovrà provare solo l'esistenza dei fatti modificativi, impeditivi ed estintivi¹⁰⁸. L'art. 304, § 3°, specifica che: «La tutela anticipatoria conserverà i suoi effetti finché non sarà rivista, riformata o annullata dalla decisione di merito emanata nell'ambito dell'azione di cui al § 2°», ossia l'azione «revisionale»¹⁰⁹.

Per la redazione del caput e dei primi quattro paragrafi dell'art. 304 del nuovo c.p.c., il legislatore brasiliano si è chiaramente ispirato al ricordato modello franco-italiano dei *référé*s e della tutela cautelare a strumentalità attenuata: parimenti a quanto accaduto in Francia (prima) e in Italia (poi), anche in Brasile si è voluto rompere il legame di necessaria dipendenza tra il provvedimento anticipatorio di urgenza e il giudizio di merito a cognizione piena ed esauriente. Possiamo, pertanto, rinvenire una chiara convergenza tra i tre sistemi a confronto (Brasile, Francia, Italia): un provvedimento sommario provvisorio a contenuto anticipatorio, generalmente fondato sull'urgenza (salvo il caso del *référé* provision francese che è basato fondato sull'evidenza), viene dotato di effetti ultrattivi e temporalmente illimitati, restando, comunque, possibile che ciascuna parte possa ridiscutere il contenuto del provvedimento sommario proponendo un'azione di cognizione piena ed esauriente. Nei tre richiamati ordinamenti, per descrivere tale fenomeno processuale si utilizza una terminologia differente: in Francia si parla di modello del «provvisorio indipendente» del

106 GRECO, Leonardo, *A tutela da urgência e a tutela da evidência no código de processo civil de 2015*, op. cit., p. 206, parla di «ação revocatória».

107 Art. 304, § 4°: «Qualquer das partes poderá requerer o desarquivamento dos autos em que foi concedida a medida, para instruir a petição inicial da ação a que se refere o § 2º, prevento o juízo em que a tutela antecipada foi concedida». Nostra libera traduzione: «Una delle parti potrà chiedere il ritiro del fascicolo processuale in cui è stata concessa la misura, per elaborare la domanda introduttiva dell'azione a cui si riferisce il § 2°, essendo considerando adito il giudice in cui la tutela anticipata è stata concessa».

108 In questo senso si vedano: NUNES, Dierle; ANDRADE, Érico, *Os contornos da estabilização da tutela provisória de urgência antecipatória no novo CPC e o mistério da ausência de formação da coisa julgada*, op. cit., p. 85-86. Ma in senso contrario, si vedano: REDONDO, Bruno Garcia, *Estabilização, modificação e negociação da tutela de urgência antecipada antecedente: principais controvérsias*, op. cit., p. 293.

109 Art. 304, § 3°: «A tutela antecipada conservará seus efeitos enquanto não revista, reformada ou invalidada por decisão de mérito proferida na ação de que trata o § 2º».

référé¹¹⁰; in Italia si usa l'espressione «efficacia indefinitamente protratta» del provvedimento cautelare a strumentalità attenuata¹¹¹; in Brasile si utilizza la formula «stabilizzazione della tutela anticipatoria di urgenza»¹¹². Nonostante questa diversità terminologica, siamo sostanzialmente dinanzi al medesimo meccanismo processuale.

Se la penna del legislatore brasiliano si fosse fermata alla redazione del § 4° dell'art. 304 non ci sarebbe più niente da aggiungere, ma poiché il menzionato art. 304 c.p.c. contiene altri due paragrafi, la nostra indagine deve necessariamente continuare.

L'art. 304, § 5°, dispone che: «Il diritto di rivedere, riformare o annullare la tutela anticipata, previsto al § 2° di questo articolo, si estingue dopo due anni, che decorrono dalla conoscenza della decisione che ha dichiarato l'estinzione del processo, ai sensi del § 1°»¹¹³. Il nuovo c.p.c. brasiliano ha, pertanto, voluto limitare nel tempo la proponibilità dell'azione revisionale, stabilendo un termine di due anni per rivedere, riformare o invalidare il provvedimento anticipatorio di urgenza.

Decorso il termine di due anni per l'esperimento dell'azione revisionale, di cui all'art. 304, § 5°, la misura anticipatoria stabilizzata diviene definitiva e verrebbe, quindi, da dire incontrovertibile, immutabile e indiscutibile. Tuttavia, il sesto ed ultimo paragrafo dell'art. 304 sembra opporsi a tale conclusione, disponendo che: «La decisione che concede la tutela non farà cosa giudicata, ma la stabilità dei rispettivi effetti verrà eliminata dalla decisione che la rivede, la riforma o l'annulla, emanata nel corso dell'azione proposta da una delle parti ai sensi del § 2° di questo articolo»¹¹⁴.

Riassumendo, la dinamica processuale prevista dall'art. 304 c.p.c. è la seguente: il provvedimento anticipatorio di urgenza (concesso in via antecedente) si stabilizza, nel senso che possiede un'efficacia ultrattiva temporalmente illimitata che va oltre il processo in cui l'atto è stato emanato

110 CHAINAIS, Cécile, *La protection juridictionnelle provisoire*, op. cit.

111 Così MANDRIOLI, Crisanto; CARRATTA, Antonio, *Diritto processuale civile*, op. cit., v. I, p. 22, e v. IV, p. 265 e 266.

112 Vedi gli autori brasiliani citati precedentemente.

113 Art. 304, § 5°: «O direito de rever, reformar ou invalidar a tutela antecipada, previsto no § 2º deste artigo, extingue-se após 2 (dois) anos, contados da ciência da decisão que extinguiu o processo, nos termos do § 1º».

114 Art. 304, § 6°: «A decisão que concede a tutela não fará coisa julgada, mas a estabilidade dos respectivos efeitos só será afastada por decisão que a revir, reformar ou invalidar, proferida em ação ajuizada por uma das partes, nos termos do § 2º deste artigo».

(art. 304, caput e § 3°); ciascuna parte può proporre un'autonoma azione per rivedere, riformare o invalidare il provvedimento, azione esercitabile davanti allo stesso giudice che ha concesso la misura (art. 304, §§ 2° e 4°); tale azione «revisionale» deve essere instaurata entro due anni dalla conoscenza della decisione sull'estinzione del processo che ha dato luogo al provvedimento anticipatorio (art. 304, § 5°); viene esclusa l'attitudine al giudicato materiale del provvedimento anticipatorio, ma viene specificato dal codice che la stabilità dei suoi effetti potrà essere eliminata con l'azione revisionale, proponibile entro il termine di due anni (art. 304, § 6°).

Risulta, altresì, evidente che tra la descritta tecnica brasiliana della stabilizzazione e il modello franco-italiano dei *référé*s e della tutela cautelare anticipatoria sussiste una netta divergenza: mentre in Francia e in Italia non viene stabilito nessun termine di natura processuale per la proposizione dell'azione autonoma finalizzata a ridiscutere il contenuto del provvedimento (che resta, nonostante l'efficacia indefinitamente protatta, per sua natura sempre provvisorio); in Brasile l'azione per rivedere, riformare o invalidare il provvedimento anticipatorio deve essere esperita entro il termine decadenziale di due anni, il cui decorso sembrerebbe far acquisire una certa definitività e incontrovertibilità al provvedimento in analisi¹¹⁵.

7 LE DIFFICOLTÀ INTERPRETATIVE SOLLEVATE DALLA TECNICA DELLA STABILIZZAZIONE

Alla luce di quanto precedentemente esposto, non si può nascondere che il meccanismo processuale brasiliano della stabilizzazione della tutela anticipatoria di urgenza, così come delineato dal nuovo codice, si presenta come complesso e, a tratti, contraddittorio¹¹⁶.

La contorta formulazione dell'art. 304 deriva, probabilmente, dalla volontà di accogliere una soluzione di compromesso tra le due opposte visioni in tema di stabilizzazione della tutela anticipatoria: una prima prospettiva tendente ad attribuire l'idoneità al giudicato sostanziale del

115 Sottolineano la divergenza tra i tre sistemi giuridici in esame anche: MITIDIERO, Daniel, *Da tutela provisória*, in *Breves comentários ao Novo Código de Processo Civil*, coord. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER, Fredie Jr.; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno, (a cura di), op. cit., p. 789, mette in risalto che la «*eficácia que procurou outorgar à decisão estável depois de transcorrido em branco o prazo previsto para o exaurimento da cognição, contudo, não tem paralelo no direito francês e no direito italiano*»; MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel, *Novo curso de processo civil*, v. 2, cit., p. 217; REZENDE, Ester Camila Gomes Norato, *Tutela provisória*, op. cit., p. 208.

116 Lo sottolinea anche REDONDO, Bruno Garcia, *Estabilização, modificação e negociação da tutela de urgência antecipada antecedente: principais controvérsias*, op. cit., p. 292, il quale scrive che: «*As regras contidas nos §§ 5.º e 6.º do art. 304 têm sido objeto de intensa controvérsia*».

provvedimento anticipatorio di urgenza, in caso di mancata proposizione dell'impugnazione; una seconda soluzione favorevole, invece, a configurare il provvedimento anticipatorio di urgenza come provvisorio, ma dotandolo di un'efficacia indefinitamente protratta, sulla scia del più volte ricordato modello franco-italiano dei *référé*s e della tutela cautelare italiana a strumentalità attenuata.

Come noto, la prima prospettiva, tendente a modificare l'art. 273 dell'abrogato c.p.c. del 1973, fu elaborata nel 1997 da Ada Pellegrini Grinover¹¹⁷ e venne, in seguito, ripresa, con alcune alterazioni, da un gruppo di eminenti processualisti brasiliani nel 2005¹¹⁸ e culminò nella presentazione di un progetto di legge, (n. 186/2005) dinanzi al Senato della Repubblica, il quale, tuttavia, non venne approvato. Tale progetto, a grandi linee, tendeva ad attribuire l'autorità della cosa giudicata al provvedimento anticipatorio di urgenza, in caso di mancata proposizione o coltivazione del processo principale di merito¹¹⁹. La soluzione era, pertanto, quella di dare alla tutela anticipatoria un nuovo assetto normativo, configurandola come una «tutela eventualmente cautelare e potenzialmente definitiva»¹²⁰. Volendo utilizzare la terminologia italiana in materia di tutela sommaria, si trattava di configurare

117 Si veda PELLEGRINI GRINOVER, Ada, *Proposta de alteração ao código de processo civil justificativa*, in *Revista de processo*, São Paulo, n. 86, p. 191 ss., 1997.

118 Il gruppo di studio era composto da Ada Pellegrini Grinover, José Roberto dos Santos Bedaque, Kazuo Watanabe e Luis Guilherme Marinoni e venne costituito in seno all'Istituto brasiliano di diritto processuale durante le Giornate brasiliane di diritto processuale nel 2005 che si svolsero a Foz do Iguaçu (Brasile).

119 Il testo del citato progetto si può leggere in PELLEGRINI GRINOVER, Ada, *Tutela jurisdiccional diferenciada: a antecipação e sua estabilização*, op. cit., p. 35. Nella relazione di accompagnamento al progetto di legge n. 186 del 2005 si fa un paragone tra il decreto ingiuntivo e il provvedimento anticipatorio di urgenza, sostenendo che: «i presupposti del procedimento monitorio e quelli della anticipazione possono essere diversi, ma analoga deve essere l'efficacia» («*Os pressupostos da monitoria e da antecipação podem ser diversos, mas análoga deve ser a eficácia*»).

Per una analisi del progetto di legge n. 186 del 2005 e della proposta originaria di Ada Pellegrini Grinover del 1997 si vedano: TESSER, André Luiz Bauml, *Tutela cautelar e antecipação de tutela*, op. cit., p. 163 ss., secondo cui le ragioni della mancata approvazione del citato progetto di legge del 2005 dipendono dalla previsione della idoneità al giudicato sostanziale del provvedimento anticipatorio di urgenza non opposto o non contestato; VASCONCELLOS, Heloisa de Almeida, *A estabilização da tutela antecipada no Novo Código de Processo Civil*, op. cit., p. 72; YOSHIKAWA, Eduardo Henrique de Oliveira, *Tutela de urgência definitiva? Medidas autossatisfativas (argentina), medidas provisionais (brasil) e a proposta de estabilização da antecipação de tutela*, op. cit., p. 136.

120 In questi termini BEDAQUE, José Roberto dos Santos, *Estabilização das tutelas de urgência*, cit., p. 683: «*A tutela sumária com conteúdo antecipatório passaria a ser, portanto, eventualmente cautelar. Nasceria com essa configuração, embora apta a se tornar final e adquirir a qualidade da coisa julgada. Cautelar eventual e potencialmente definitiva*»; ID., *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutela sumárias e de urgência (tentativa de sistematização)*, op. cit., p. 330 ss.

il provvedimento anticipatorio di urgenza come un provvedimento sommario decisorio, in ragione dell'attribuzione dell'attitudine al giudicato sostanziale¹²¹.

L'altra soluzione venne formulata dalla commissione di giuristi incaricata di elaborare il nuovo codice di procedura civile e i cui lavori sfociarono nel progetto di legge n. 166 del 2010 presentato dinanzi al Senato della Repubblica¹²². Il citato progetto di nuovo codice prevedeva l'introduzione della tecnica della stabilizzazione della misura anticipatoria di urgenza, attribuendole un'efficacia ultrattiva e temporalmente illimitata e escludendo la produzione della cosa giudicata materiale; tale misura poteva, infatti, essere sempre modificata e revocata con un'azione autonoma principale, proponibile da ciascuna parte senza limitazioni temporali. Il primo progetto di nuovo codice brasiliano accoglieva, quindi, in pieno il modello franco-italiano del «provvisorio indipendente»¹²³.

Tra le due richiamate opposte soluzioni (quella dell'idoneità al giudicato sostanziale e quella della efficacia provvisoria indefinitamente protetta), la versione definitiva del nuovo c.p.c. sembra aver fatto una scelta di compromesso e intermedia che, tuttavia, dà adito ad alcune difficoltà interpretative che derivano, da un lato, dall'espressa esclusione della produzione della cosa giudicata (come espressamente disposto dal § 6° dell'art. 304) e, dall'altro lato, dalla previsione del termine di due anni per la proposizione dell'azione revisionale tendente a rivedere, riformare o annullare la misura anticipatoria di urgenza¹²⁴.

121 Per la classificazione dei provvedimenti in materia di tutela sommaria nel sistema italiano vedi *retro* par. 3.

122 La commissione venne nominata nel 2009 ed era presieduta da Luiz Fux.

123 Si legge nell'esposizione dei motivi all'*anteprojeto* di nuovo c.p.c. del 2010 che: «*A tutela de urgência e da evidência podem ser requeridas antes ou no curso do procedimento em que se pleiteia a providência principal. Não tendo havido resistência à liminar concedida, o juiz, depois da efetivação da medida, extinguirá o processo, conservando-se a eficácia da medida concedida, sem que a situação fique protegida pela coisa julgada*» (p. 25). Più avanti, si legge che: «*o novo Código de Processo Civil criou, inspirado no sistema italiano e francês, a estabilização de tutela, a que já se referiu no item anterior, que permite a manutenção da eficácia da medida de urgência, ou antecipatória de tutela, até que seja eventualmente impugnada pela parte contrária*» (p. 29).

124 Come ricorda SICA, Heitor Vitor Mendonça, *Primeiras impressões sobre a 'estabilização da tutela antecipada'*, cit., p. 121, il termine dei due anni per la proposizione dell'azione principale è stato introdotto dalla Camera dei Deputati nell'ultima versione di nuovo codice.

8 DUBBI E SOLUZIONI SULLA DEFINITIVITÀ DEL PROVVEDIMENTO ANTICIPATORIO DI URGENZA STABILIZZATO: LE TRE PROSPETTIVE ELABORATE IN DOTTRINA

In conseguenza della sua formulazione non del tutto limpida, il dispositivo di cui all'art. 304 ha dato luogo a tre diverse soluzioni interpretative, elaborate dalla dottrina brasiliana, che divergono rispetto alla definitività o meno del provvedimento anticipatorio di urgenza stabilizzato, nonché all'ambito oggettivo di tale definitività. La questione principale che solleva l'art. 304 è la seguente: non proposta l'azione revisionale entro i due anni, il provvedimento stabilizzato diviene definitivo e, quindi, produce la cosa giudicata o una qualche forma di incontrovertibilità e immutabilità, oppure è da escludere qualsiasi forma di definitività processuale e il contenuto del provvedimento anticipatorio sommario potrà essere ridiscusso, salvi naturalmente i limiti della prescrizione e decadenza di diritto materiale?

Come detto, la dottrina brasiliana ha, in proposito, elaborato tre diverse opzioni interpretative per individuare la situazione processuale che si verifica successivamente alla scadenza del termine per proporre l'azione revisionale dell'art. 304, § 5°: escludere qualsiasi tipo di incontrovertibilità e definitività processuale del provvedimento anticipatorio di urgenza; ammettere che quest'ultimo acquisti la forza di cosa giudicata; ritenere che la misura possieda un'incontrovertibilità e un'immutabilità processuale che si avvicina ma che non coincide con la cosa giudicata in senso proprio. Le tre prospettive in discorso saranno passate in rassegna nelle prossime pagine.

8.1 La Prospettiva Tendente Ad Escludere Qualsiasi Forma Di Incontrovertibilità Del Provvedimento Stabilizzato

Una prima soluzione interpretativa, sostenuta da una parte autorevole della dottrina brasiliana, consiste nell'escludere qualsiasi forma di incontrovertibilità processuale della misura anticipatoria di urgenza, la quale manterrebbe, pertanto, il proprio carattere provvisorio sempre e in maniera illimitata nel tempo, ossia anche dopo il decorso del termine di due anni per proporre l'azione revisionale, di cui all'art. 304, § 5°. In base a tale prospettiva, il provvedimento anticipatorio di urgenza non sarebbe dotato di nessun tipo di definitività processuale e godrebbe esclusivamente di un'efficacia provvisoria indefinitamente protratta, dal momento in cui, anche oltre il termine di due anni previsto dal c.p.c., ciascuna parte

potrebbe esercitare un'azione autonoma per rivedere, riformare o invalidare la misura in esame¹²⁵. L'unico limite temporale per rimettere in discussione il contenuto del provvedimento in discorso sarebbe costituito dai termini di prescrizione e decadenza che si applicano al diritto materiale dedotto in giudizio¹²⁶. In pratica, tale soluzione interpretativa dell'art. 304 finisce per considerare il provvedimento anticipatorio di urgenza brasiliano allo stesso modo di un *référé* francese e di un provvedimento cautelare italiano a strumentalità attenuata.

La richiamata prospettiva si fonda sulla premessa sistematica in base alla quale l'attitudine alla cosa giudicata materiale spetterebbe unicamente alle decisioni giurisdizionali emanate a conclusione di un processo a cognizione piena ed esauriente effettivamente espletato¹²⁷, come sarebbe

125 In base alla prospettiva richiamata nel testo, l'azione revisionale, di cui all'art. 304, è ammissibile solo nel rispetto del termine dei due anni, ma il cui decorso non impedisce a ciascuna parte di proporre un'autonoma azione di cognizione, dinanzi ad un diverso giudice, per ridiscutere liberamente il contenuto della misura anticipatoria di urgenza, salvi i limiti della prescrizione e decadenza del diritto sostanziale, come chiariscono: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; MELLO, Rogério Licastro Torres de, *Primeiros comentários ao novo Código de Processo Civil*, op. cit., 567.

126 Escludono l'idoneità al giudicato e ammettono che la possibilità di proporre un'azione a cognizione piena anche dopo il decorso del termine biennale: MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sergio Cruz; MITIDIERO, Daniel, *Novo curso processo civil*, v. 2, op. cit., p. 218; MITIDIERO, Daniel, *Autonomia e estabilização da antecipação da tutela no novo Código de Processo Civil*, cit, p. 24 ss.; ID., *Da tutela provisória*, in WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER, Fredie Jr.; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno, (a cura di), *Breves comentários ao Novo Código de Processo Civil*, op. cit., p. 791, il quale scrive scrive che «*passado o prazo de dois anos, continua sendo possível o exaurimento da cognição até que os prazos previstos no direito material para a estabilização das situações jurídicas atuem sobre a esfera jurídica das partes*». Nella stessa ottica, rifiutano l'idoneità al giudicato sostanziale del provvedimento anticipatorio di urgenza anche: RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva, *Tutela provisória*, op. cit., p. 222; CÂMARA, Alexandre Freitas, *O novo processo civil brasileiro*, op. cit., p. 161, il quale motiva la sua posizione, oltre che sull'art. 304, sul fatto che la misura anticipatoria di urgenza è frutto di una cognizione esclusivamente sommaria; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; MELLO, Rogério Licastro Torres de, *Primeiros comentários ao novo Código de Processo Civil*, op. cit., p. 567; BAUERMANN, Desirè, *As tutelas de urgência no projeto de novo código de processo civil*, op. cit., p. 442, a commento dei vari progetti sulla stabilizzazione della tutela anticipatoria di urgenza, afferma che «*melhor nos parece a opção sacramentada [...] de não revestir essa decisão com a força de coisa julgada*». Anche TALAMINI, Eduardo, *Tutela de urgência no projeto de novo Código de Processo Civil: a estabilização da medida urgente e a "monitorização" do processo civil brasileiro*, op. cit., p. 28; WAMBIER, Luis Rodrigues; TALAMINI, Eduardo, *Curso avançado de processo civil*, v. 2, op. cit., p. 896, escludono l'idoneità al giudicato del provvedimento, di cui all'art. 304, ma in realtà finiscono con l'adottare una posizione diversa da quella di: MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sergio Cruz; MITIDIERO, Daniel; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; MELLO, Rogério Licastro Torres. Vedi *infra* par. 9.3.

127 In tal senso si vedano: MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sergio Cruz; MITIDIERO, Daniel, *Novo curso processo civil*, v. 2, op. cit., p. 218, scrivono che: «*O que é de duvidosa legitimidade constitucional*

imposto dai principi costituzionali di proporzionalità e ragionevolezza, inerenti al «giusto processo»¹²⁸. Sarebbe, pertanto, costituzionalmente illegittimo attribuire l'idoneità al giudicato sostanziale ad un provvedimento, come quello anticipatorio di urgenza, reso a conclusione di un procedimento sommario. Ulteriore argomento in favore dell'assenza di ogni tipo di incontrovertibilità sarebbe contenuto nello stesso codice, nella parte in cui stabilisce espressamente che la misura anticipatoria di urgenza stabilizzata «non farà cosa giudicata» (art. 304, § 6°).

La richiamata prospettiva, che nega ogni tipo di incontrovertibilità processuale della misura anticipatoria di urgenza, ha probabilmente il pregio di eliminare i problemi pratici e interpretativi sollevati dall'art. 304 e ha dalla sua parte il sostegno dell'argomento comparatistico: l'ispirazione del legislatore brasiliano al sistema francese e italiano potrebbe effettivamente far propendere per considerare il provvedimento anticipatorio d'urgenza brasiliano come una misura di *référé* o una misura cautelare anticipatoria italiana e, quindi, come un atto ad efficacia provvisoria temporalmente indefinita, la quale potrebbe, pertanto, essere rimessa in discussione senza che si debba rispettare il termine processuale dei due anni previsto dall'art. 304, § 5°, c.p.c.

Nonostante questo, la richiamata soluzione interpretativa, pur essendo autorevolmente sostenuta, non convince e ciò essenzialmente per due ragioni fondamentali.

In primo luogo, nessuna disposizione della Costituzione brasiliana lega espressamente la produzione della cosa giudicata (o, comunque, di una forma ridotta di incontrovertibilità e definitività processuale) all'espletamento effettivo di un processo a cognizione piena ed esauriente, essendo possibile ammettere – a nostro modesto

*é equiparar os efeitos do procedimento comum – realizado em contraditório, com ampla defesa e direito à prova – com os efeitos de um procedimento cuja sumariedade formal e material é extramente acentuada»; MITIDIERO, Daniel, *Autonomia e estabilização da antecipação da tutela no novo Código de Processo Civil*, op. cit., p. 24 ss.; TALAMINI, Eduardo, *Tutela de urgência no projeto de novo Código de Processo Civil: a estabilização da medida urgente e a "monitorização" do processo civil brasileiro*, op. cit., p. 28; WAMBIER, Luis Rodrigues; TALAMINI, Eduardo, *Curso avançado de processo civil*, op. cit., v. 2, p. 793, secondo cui la «*coisa julgada material é incompatível com a cognição superficial de méritos*».*

128 Sempre in base alla premessa indicata nel testo, la Costituzione brasiliana del 1988, che protegge espressamente la cosa giudicata all'art. 5°, inciso XXXVI, condizionerebbe il prodursi del giudicato sostanziale all'effettivo espletamento di un processo a cognizione piena ed esauriente, come sarebbe deducibile in via interpretativa dai richiamati principi di proporzionalità e ragionevolezza. In tal senso si vedano: WAMBIER, Luis Rodrigues; TALAMINI, Eduardo, *Curso avançado de processo civil*, v. 2, op. cit., p. 896; TALAMINI, Eduardo, *Coisa julgada e sua revisão*, op. cit., p. 53.

avviso – la legittimità costituzionale di provvedimenti sommari decisori, purché alla parte sia data la possibilità di instaurare un giudizio a cognizione piena ed esauriente, attraverso l'impugnazione del provvedimento o la manifestazione di una contestazione impeditiva alla pronuncia di quest'ultimo¹²⁹. Quanto alla legislazione ordinaria, all'interno del nuovo c.p.c. incontriamo dei provvedimenti sommari che sembrano acquisire una certa incontrovertibilità processuale¹³⁰. Ci sembra, infatti, che il nuovo codice abbia voluto conferire, almeno in modo implicito, l'acquisizione di una incontrovertibilità-definitività processuale al provvedimento ingiuntivo non opposto (chiamato *mandado monitorio não embargado*), nella misura in cui l'art. 701, § 3°, assoggetta ora tale atto all'impugnazione per revocazione (chiamata *ação rescisória*)¹³¹.

129 In questo senso si veda, in particolare, GRECO, Leonardo, *Instituições de processo civil*, v. II, cit., p. 329; ID., *Cognição sumária e coisa julgada*, in *Revista Eletrônica de Direito Processual*, n. 10, 2012, p. 275 ss., con ampi richiami all'insegnamento della dottrina italiana, tra cui: LANFRANCHI, Lucio, *La roccia non incrinata*, 3° ed., Torino: Giappichelli, 2011; PROTO PISANI, Andrea, *Lezioni di diritto processuale civile*, cit.; CARRATTA, Antonio, *Struttura e funzione nei procedimenti giurisdizionali sommari*, in ID., a cura di, *La tutela sommaria in Europa*, cit., p. 1 ss.

130 Per un approfondimento si rinvia a GRECO, Leonardo, *Cognição sumária e coisa julgada*, cit., § 10 ss.; ID., *Instituições de processo civil*, v. II, cit., p. 329.

131 In tal senso si veda anche ROCHA, Thais Guimarães Braga, *Procedimentos especiais: ação monitoria*, cit., p. 520. Tra l'altro, visto che il nuovo c.p.c. prevede (all'art. 701, § 1°) l'impugnabilità del provvedimento di ingiunzione non opposto con la *ação rescisória* (la revocazione), possiamo trasporre in Brasile uno degli argomenti con cui GARBAGNATI, Edoardo, *Il procedimento d'ingiunzione*, Milano: Giuffrè, 1991, p. 5 ss.; ID., *Preclusione "pro iudicato" e titolo ingiuntivo*, in *Studi in onore di Enrico Redenti*, v. 1, p. 467 ss., aveva sostenuto l'idoneità al giudicato materiale del decreto ingiuntivo non opposto in Italia. LA. scriveva che: la revocazione è un mezzo di impugnazione per attaccare la cosa giudicata e, quindi, che non avrebbe senso prevedere l'esperibilità di un tale mezzo nei confronti di un provvedimento privo dell'attitudine al giudicato o di una certa forma di incontrovertibilità; più di recente e nella stessa linea MANDRIOLI, Cristanto; CARRATTA, Antonio, *Diritto processuale civile*, v. III, 23° ed., Torino, Giappichelli, p. 55 e 56, affermava che: «se non fosse presupposta l'efficacia del giudicato, non avrebbe senso assoggettare il decreto ingiuntivo ai rimedi impugnatori straordinari, che in tanto hanno ragione d'essere in quanto l'esaurimento della possibilità di quelli ordinari ha già dato luogo al giudicato»; gli AA. specificano, altresì, che «la portata e i limiti del giudicato» del decreto ingiuntivo non opposto «coincidono con quelli della sentenza di condanna», sia in relazione al profilo soggettivo che rispetto a quello oggettivo, dell'estensione dell'accertamento agli antecedenti logici necessari della pronuncia. Per i riferimenti al procedimento ingiuntivo nel diritto italiano si veda *infra* par. 9.3, in nota. Riportando questo ragionamento in Brasile, non avrebbe senso prevedere l'ammissibilità della revocazione (*ação rescisória*) contro il provvedimento ingiuntivo non opposto (*mandado monitorio não embargado*) se quest'ultimo non avesse l'attitudine a produrre la cosa giudicata sostanziale. Tuttavia, per una critica a tale ragionamento si veda TALAMINI, Eduardo, *Tutela monitoria*, cit., pp. 94-95. Quanto all'idoneità al giudicato sostanziale del provvedimento ingiuntivo non opposto la dottrina brasiliana non è concorde. In senso affermativo si vedano: THEODORO Jr., Humberto, *Curso de direito processual civil*, v. II, cit., p. 403; ROCHA, Thais Guimarães Braga, *Procedimentos especiais: ação monitoria*, in THEODORO, Humberto Júnior; OLIVEIRA, Fernanda Alvim Ribeiro de; REZENDE, Ester Camila

In secondo luogo, la descritta soluzione interpretativa, tendente a configurare l'efficacia provvisoria indefinitamente protatta della misura anticipatoria di urgenza, ha un suo punto debole: consentire la proponibilità dell'azione revisionale oltre il termine di due anni, significherebbe sostanzialmente giungere all'abrogazione tacita del § 5° dell'art. 304. Accogliendo, infatti, la prospettiva in esame, il termine biennale diverrebbe sostanzialmente inutile, nella misura in cui il suo decorso sarebbe privo di qualsiasi conseguenza giuridica rilevante per le parti¹³². L'imposizione del termine di due anni per esercitare l'azione revisionale della misura anticipatoria di urgenza mi pare, pertanto, costituire l'ostacolo maggiore all'accoglimento della menzionata prospettiva tendente ad escludere qualsiasi forma di definitività processuale del provvedimento in analisi¹³³.

Gomes Norato (coord.), *Primeiras lições sobre o novo direito processual civil brasileiro*, cit., p. 512 ss., spec. p. 520; MARCATO, Antonio Carlos, *Ação monitória*, cit., secondo cui il provvedimento ingiuntivo non opposto «*adquire eficácia similar àquela da sentença condenatória, obtida no processo de cognição plena e exauriente [...] É, pois, provimento idêntico, por natureza, àquela contida em sentença condenatória, cujos efeitos ficam acobertados pela autoridade da coisa julgada material, como se dá, em relação a essa última, quando emanada de processo em que o réu se tornou reveb*»; ID., *O processo monitório brasileiro*, cit.; TUCCI, José Rogério Cruz e, *Ação monitória*, cit., p. 91, secondo cui il provvedimento ingiuntivo «*se equipara, sob o prisma ontológico, a verdadeira sentença potencialmente condenatória*». Ma, in senso contrario, escludono l'idoneità al giudicato del provvedimento ingiuntivo non opposto: TALAMINI, Eduardo, *Tutela monitória*, cit., p. 92 e ss.; ID., *Coisa julgada e sua revisão*, cit., p. 133, scrive che nel caso in cui non venga proposta opposizione a decreto ingiuntivo «*não fica obstado o exercício de uma ação autônoma destinada a impugnar a existência do crédito ou a validade dos atos do processo executivo ou monitórios*». In riferimento al c.p.c. del 2015 TOSCAN, Anissara, *Preclusão processual civil*, cit., p. 225, esclude che il provvedimento ingiuntivo non opposto produca degli effetti extraprocessuali, trattandosi di atto che «*é acobertado apenas por preclusão, tendo em vista seus efeitos endoprocessuais, que não obstem a discussão do crédito em sede de ação autônoma de impugnação [...] para anulação do processo monitório e para repetição do resultado obtido na via executiva*». L'A. esclude che si possa dedurre l'attitudine al giudicato sostanziale del decreto ingiuntivo non opposto in ragione della impugnabilità con la revocazione, nella misura in cui «*há também decisões não acobertadas por coisa julgada material passíveis de impugnação pela via rescisória*».

132 L'unica conseguenza giuridica del decorso del termine di due anni, di cui all'art. 304, § 5°, sarebbe data dall'impossibilità di proporre l'azione revisionale dinanzi allo stesso giudice che ha emanato la misura anticipatoria di urgenza e, conseguentemente, dall'onere di instaurare un'azione autonoma dinanzi ad un altro giudice per rivedere, riformare o invalidare il contenuto della misura in discorso.

133 Nello stesso senso, considera la presenza del termine di due anni come un elemento che impedisce di qualificare l'efficacia della misura come indefinitamente protatta e sempre provvisoria, REDONDO, Bruno Garcia, *Estabilização, modificação e negociação da tutela de urgência antecipada antecedente: principais controvérsias*, cit., p. 296, secondo cui sarebbe inutile: «*prever um prazo rigoroso para a propositura de uma ação específica se, caso descumprido aquele prazo e não ajuizada aquela ação, pudesse ser proposta uma ação aparentemente diferente, em prazo até mesmo maior, capaz de produzir rigorosamente os mesmos efeitos da ação cujo prazo se perdeu*».

8.2 LA PROSPETTIVA CHE AMMETTE L'ATTITUDINE AL GIUDICATO DEL PROVVEDIMENTO STABILIZZATO

Scartata la prima opzione interpretativa, resta l'alternativa tra la seconda e la terza soluzione, ossia: quella in base alla quale la definitività del provvedimento anticipatorio di urgenza stabilizzato è identica alla cosa giudicata; quella che configura per la misura stabilizzata una forma di incontrovertibilità processuale, minore e in alcuni aspetti diversa dalla cosa giudicata in senso proprio.

In base alla seconda soluzione, sostenuta da una parte autorevole della dottrina brasiliana, si ritiene che il provvedimento anticipatorio di urgenza stabilizzato (in ragione della mancata impugnazione da parte del convenuto) acquisti la forza di cosa giudicata, una volta decorso il termine di due anni per la proposizione dell'azione revisionale, di cui all'art. 304, § 5°. In base a questa ottica, il provvedimento anticipatorio di urgenza stabilizzato definitivo, passato il termine dei due anni, produrrebbe la cosa giudicata materiale¹³⁴ o, comunque, un effetto equivalente a quello della cosa giudicata¹³⁵. Per fare in modo che la richiamata soluzione interpretativa risulti coerente con la lettera dell'art. 304, § 6° (sulla esclusione della forza di cosa giudicata), viene affermato che: la misura anticipatoria di urgenza non è dotata della cosa giudicata solo durante il periodo dei due anni in cui può essere proposta l'azione revisionale, di cui all'art. 304, § 5°; ma che, tuttavia, una volta decorso il termine biennale e concluso quel periodo (chiamato di «interregno») in cui la misura stabilizzata può essere rivista,

134 Per questa opzione interpretativa si vedano: GRECO, Leonardo, *A tutela da urgência e a tutela da evidência no código de processo civil de 2015*, cit., p. 207, ricorda che: «os §§ 2º a 5º do artigo 304 deixam claro que somente por meio dessa nova demanda poderá ser anulada, revogada ou modificada a tutela antecipada estabilizada. Assim, nessa hipótese, [...] passados dois anos da ciência da decisão que extinguiu o processo, incorrerá em decadência o direito de propor a ação revocatória (§ 5º), ou seja, sobrevirá efetivamente a coisa julgada»; ID., *Instituições de processo civil*, v. II, cit., p. 363; REDONDO, Bruno Garcia, *Estabilização, modificação e negociação da tutela de urgência antecipada antecedente: principais controvérsias*, cit., p. 292 ss.; GAJARDONI, Fernando da Fonseca, *Art. 304*, cit., p. 903; MACIEL, Vicente de Paula Jr., *As tutelas de urgência no novo CPC brasileiro*, cit., § 4.3.4; NERY, Nelson Junior; NERY, Rosa Maria de Andrade, *Comentários ao Código de Processo Civil*, cit., p. 864; VASCONSELLOS, Heloisa de Almeida, *A estabilização da tutela antecipada no Novo Código de Processo Civil*, cit., p. 175; SOUZA, Artur César de, *Análise da tutela antecipada prevista no relatório final da câmara dos deputados em relação ao novo CPC*, cit., p. 186, scrive che in caso di mancata proposizione dell'azione principale per ridiscutere il provvedimento nel termine di due anni «a estabilidade da tutela antecipada concedida tornar-se-á definitiva, não podendo mais ser objeto de reanálise, nem mesmo de ação rescisória. Poder-se-á dizer que a tutela estará albergada pela coisa soberanamente julgada».

135 THEDORO Jr., Humberto, *Curso de direito processual civil*, v. I, p. 670, parla di «efeito similar ao trânsito em julgado da decisão, que não poderá mais ser revista, reformada ou invalidada» e di «equivalência com a coisa julgada».

riformata o invalidata, il provvedimento anticipatorio verrà immunizzato dalla cosa giudicata in senso proprio¹³⁶.

Ritenere che la misura anticipatoria di urgenza stabilizzata e definitiva acquisisca la forza di cosa giudicata in senso proprio comporta l'applicazione delle regole a questa inerenti, quali:

- (a) la funzione negativa della cosa giudicata (chiamata anche immutabilità o forza proibitiva della cosa giudicata), che impedisce di ridiscutere quanto deciso nella decisione passata in giudicato formale;
- (b) la funzione positiva della cosa giudicata (chiamata anche indiscutibilità o forza normativa della cosa giudicata) che obbliga un secondo giudice a conformarsi ad una precedente decisione, passata in giudicato formale, ed a considerare che il diritto soggettivo esiste così come è stato fissato dal primo giudice¹³⁷;
- (c) la possibilità di estendere l'accertamento della cosa giudicata anche alle questioni pregiudiziali (come stabilito dall'art. 503 c.p.c.)¹³⁸;

136 REDONDO, Bruno Garcia, *Estabilização, modificação e negociação da tutela de urgência antecipada antecedente: principais controvérsias*, cit., p. 298, del quale, per maggiore chiarezza dell'esposizione, citiamo il seguente passo: «*A nova lei optou por conferir, às partes, um lapso de 2 anos dentro do qual, apesar de proferida sentença definitiva, não há formação de coisa julgada material, permitindo, durante esse interregno, a alteração dos efeitos da tutela estabilizada por meio de simples ação de modificação (art. 304, §§ 5.º e 6.º), sem natureza de ação rescisória. Esse interregno de 2 anos sem formação de coisa julgada material, apesar de proferida sentença terminativa, deve-se, exatamente, ao fato de decisão que concedeu a tutela (posteriormente estabilizada) ter sido fundada em cognição não exauriente. Ora, após esgotado in albis também esse prazo de 2 anos, não vemos como deixar de concluir que passa a ocorrer uma imutabilidade e indiscutibilidade do mérito, formando-se, assim, coisa julgada material*».

137 Sulla funzione negativa e su quella positiva della cosa giudicata la letteratura è sterminata sia in Brasile che in Italia, si vedano, tra gli altri: BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Questões prejudiciais e coisa julgada*. Rio de Janeiro, 1967, p. 64; MESQUITA, José Ignácio Bothelo de. *Coisa julgada*, Rio de Janeiro, Forense, 2004, p. 11-12; THEODORO, Humberto Júnior. *Curso de direito processual civil*, v. I, op. cit., p. 1102; DIDIER, Fredie Jr.; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de Direito Processual Civil*, v. 2, op. cit., p. 513 ss.; LIEBMAN, Enrico Tullio. *Giudicato (dir. proc. civ.)*, in *Enc. Giur.*, v. XV, Roma, 1989; PUNZI, Carmine. *Il processo civile*, op. cit., p. 56; MENCHINI, Sergio. *Il giudicato civile*, 2. ed. Torino: UTET, 2002.

138 Superando la soluzione del c.p.c. del 1973 quanto alla limitazione dell'ambito oggettivo della cosa giudicata al solo dispositivo della decisione, il codice del 2015 ha deciso di allargare i limiti oggettivi del giudicato anche alle questioni pregiudiziali decise espressamente e incidentalmente nel processo, qualora vengano rispettate le condizioni, cumulativamente previste, di cui ai §§ 1° e 2° dell'art. 503, ossia: che la questione pregiudiziale sia stata necessaria e determinante quanto alla risoluzione della lite; che sulla questione si sia sviluppato il contraddittorio previo ed effettivo; che il processo non si sia

- (d) l'applicazione dell'art. 485, inciso V, sull'estinzione del processo senza decisione di merito in ragione dell'esistenza della cosa giudicata, anche in presenza di una precedente misura anticipatoria di urgenza passata in giudicato¹³⁹;
- (e) l'applicazione dell'art. 337, inciso VII, e dell'art. 485, inciso V, e § 3º, sulla rilevabilità di ufficio dell'eccezione di precedente cosa giudicata (chiamata preliminar da coisa julgada), anche in caso di esistenza di una precedente misura anticipatoria di urgenza stabilizzata e passata in giudicato¹⁴⁰;

svolto in contumacia del convenuto; che il giudice abbia avuto la competenza per materia per decidere la questione pregiudiziale in via principale; che la cognizione sulla questione pregiudiziale sia stata piena ed esauriente, essendo espressamente esclusa l'estensione della cosa giudicata in caso di sommarietà della cognizione (quando nel processo ci siano state delle «restrizioni probatorie o limitazioni che impediscono l'approfondimento della analisi della questione pregiudiziale»). In conseguenza della introduzione della regola sull'estensione della cosa giudicata alle questioni pregiudiziali, di cui all'art. 503, in dottrina è stata proposta la distinzione tra: la «cosa giudicata comune» («coisa julgada comum») che riguarda il dispositivo della sentenza; la cosa giudicata eccezionale («coisa julgada excepcional») che, al ricorrere delle condizioni previste dalla legge, riguarda le questioni pregiudiziali decise con efficacia di giudicato. Per questa distinzione si vedano: DIDIER JR., Fredie. Extensão da coisa julgada à resolução da questão prejudicial incidental no novo Código de Processo Civil brasileiro. In: *Civil Procedure Review*, v. 6, n. 1, p. 87, 2015; LUCCA, Rodrigo Ramina de. Os limites objetivos da coisa julgada no Novo Código de Processo Civil. In: *Revista de Processo*, v. 252, p. 79 ss., spec. p. 101, 2016. Sull'art. 503 c.p.c. rinviando a: BONATO, Giovanni. *Algumas considerações sobre coisa julgada no Novo Código de Processo Civil brasileiro: limites objetivos e eficácia preclusiva*. In: *O Novo Código de Processo Civil. Questões controvertidas*, op. cit., p. 171 ss., e in: *Revista de processo comparado*, n. 2, p. 121 ss., 2015; REDONDO, Bruno Garcia. Questões prejudiciais e limites objetivos da coisa julgada no novo CPC. In: *Revista de processo*, v. 248, p. 43 ss. 2015; CABRAL, Antonio do Passo. Coisa julgada. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER, Fredie Jr.; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno. (a cura di), *Breves comentários ao Novo Código de Processo Civil*, op. cit., p. 1291; MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Curso de Processo Civil*, v. 2, op. cit., p. 622; THEODORO Jr., Humberto. *Curso de direito processual civil*, v. I, op. cit., p. 1106 ss.; DIDIER, Fredie Jr.; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de Direito Processual Civil*, v. 2, op. cit., p. 523 ss. Per la disciplina dei limiti oggetti della cosa giudicata nel c.p.c. del 1973 si vedano: TUCCI, José Rogério Cruz e. *A causa petendi no processo civil*, 3. ed. São Paulo: RT, 2009, p. 244; BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Os limites objetivos da coisa julgada no sistema do novo Código de Processo Civil. In: *Temas de direito processual*. São Paulo: Saraiva, 1977, p. 92; TALAMINI, Eduardo. *Coisa julgada e sua revisão*, op. cit., p. 50 ss.; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. *Limites objetivos e eficácia preclusiva da coisa julgada*, São Paulo: Saraiva, 2012; CABRAL, Antonio do Passo. *Coisa julgada e preclusões dinâmicas*. 2. ed. Salvador: Jus Podivm, 2014; PELLEGRINI, Ada Grinover. Os limites objetivos e a eficácia preclusiva da coisa julgada. In: *O processo. Estudos & pareceres*, op. cit., p. 105.

139 Sui casi di estinzione del processo senza decisione nel merito, si veda THEODORO Jr., Humberto. *Curso de direito processual civil*. v. I, p. 1016-1017.

140 Sull'eccezione di precedente giudicato nel sistema brasiliano, si veda THEODORO Jr., Humberto. *Curso de direito processual civil*. v. I, p. 793.

- (f) l'impugnabilità del provvedimento anticipatorio stabilizzato e definitivo con la ação rescisória, disciplinata dagli articoli 966 e seguenti c.p.c. brasiliano del 2015 (mezzo di impugnazione assimilabile all'italiana revocazione delle sentenze)¹⁴¹;
- (g) la revocabilità di una decisione di merito, passata in giudicato, per contrarietà con un precedente provvedimento anticipatorio di urgenza stabilizzato e definitivo (applicazione del motivo di revocazione, di cui all'art. 966, inciso IV, chiamato «ofensa à coisa julgada»)¹⁴².

8.3 La Soluzione Preferibile: La Definitività Del Provvedimento Stabilizzato Come Autonoma Figura Di Incontrovertibilità Processuale

Infine, adottando una terza soluzione interpretativa – che ci sembra preferibile e che pare essere stata accolta dalla dottrina brasiliana maggioritaria – si ritiene che il contenuto del provvedimento anticipatorio di urgenza stabilizzato possa acquisire una definitività e una incontrovertibilità processuale simile, dal punto di vista della indiscutibilità, ma comunque non identificabile con la cosa giudicata in senso proprio.

141 Come indicato, coloro che ammettono l'idoneità al giudicato della misura anticipatoria di urgenza, ritengono che l'impugnazione per revocazione sia proponibile contro il provvedimento in esame dopo il decorso del termine di due anni per l'esercizio dell'azione revisionale. In questo senso, si vedano: GRECO, Leonardo. *A tutela da urgência e a tutela da evidência no código de processo civil de 2015*, op. cit., p. 207, ID., *Instituições de processo civil*, v. II, op. cit., p. 363; MACIEL, Vicente de Paula Jr. *As tutelas de urgência no novo CPC brasileiro*, op. cit., § 4.3.4; REDONDO, Bruno Garcia. *Estabilização, modificação e negociação da tutela de urgência antecipada antecedente: principais controvérsias*, op. cit., p. 297-298; THEDORO Jr., Humberto. *Curso de direito processual civil*, v. I, p. 670; GAJARDONI, op. cit., p. 903; VASCONSELLOS, Heloisa de Almeida. *A estabilização da tutela antecipada no Novo Código de Processo Civil*, op. cit., p. 175.

Sulla ação rescisória si vedano, tra gli altri: YARSHELL, Flávio Luiz. *Ação rescisória: juízo rescindente e juízo rescisório no direito positivo brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2005; TESHEINER, José Maria Rosa; THAMAY, Rennan Faria Krüger. *Ação rescisória no novo Código de Processo Civil*. In: *Civil Procedure Review*, v. 6, n. 3, p. 53 ss., sept./dec. 2015; MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Curso de Processo Civil*, v. 2, op. cit., p. 587 ss.; TALAMINI, Eduardo. *Coisa julgada e sua revisão*, op. cit., p. 137 ss.; WAMBIER, Luis Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de processo civil*, op. cit., v. 2, p. 824.

142 In maniera simile all'art. 395, n. 5, c.p.c. italiano, nell'ordinamento brasiliano è possibile chiedere la revocazione di una decisione passata in giudicato in caso di «offesa alla cosa giudicata» (art. 966, inciso IV), ossia in caso di contrarietà con una precedente pronuncia avente autorità di cosa giudicata. Dispone l'art. 966 che: «*A decisão de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando: ... IV – ofender a coisa julgada*»). Sul punto si vedano: WAMBIER, Luis Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de processo civil*, v. 2, cit., p. 832; MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Curso de Processo Civil*, v. 2, op. cit., p. 591.

Trattandosi di una tecnica processuale nuova nel sistema brasiliano, la terminologia è molto variegata per descrivere la definitività acquisita dalla misura anticipatoria stabilizzata, dopo il decorso del termine dei due anni per l'esercizio dell'azione revisionale¹⁴³. Si utilizzano a tale riguardo le seguenti formule: «stabilità qualificata»¹⁴⁴; «stabilizzazione definitiva»¹⁴⁵; «stabilità processuale»¹⁴⁶; «quasi cosa giudicata» e «superstabilizzazione» del provvedimento¹⁴⁷; stabilizzazione dei soli effetti¹⁴⁸; marcata stabilità¹⁴⁹; rafforzamento del provvedimento¹⁵⁰; stabilizzazione che produce effetti extraprocessuali¹⁵¹; fenomeno processuale simile alla cosa giudicata¹⁵²; immutabilità¹⁵³; indiscutibilità di effetti¹⁵⁴.

Come già detto, la nostra preferenza ricade su quest'ultima opzione interpretativa che ci pare maggiormente in linea rispetto a quanto previsto

- 143 In questo caso, è utile ricordare l'insegnamento di TUCCI, José Rogério Cruz e. *Tempo e processo*. São Paulo: RT, 1998, p. 41, che ammonisce quanto alla necessità di adottare una terminologia appropriata nella descrizione dei fenomeni giuridici: «*Um dos fatores que mais complicam, sob vários aspectos, o estudo do direito é a imprecisão terminológica*».
- 144 SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Primeiras impressões sobre a 'estabilização da tutela antecipada'*, op. cit., p. 122; ID., *Doze problemas e onze soluções quanto à chamada "estabilização de tutela antecipada"*, cit., p. 187, parla di «*estabilidade qualificada*».
- 145 NUNES, Dierle; ANDRADE, Érico. *Os Contornos da estabilização da tutela provisória de urgência antecipatória no novo CPC e o mistério da ausência de formação da coisa julgada*, cit., p. 133, parlano di «*estabilização definitiva da decisão sumária, mas mesmo assim sem formar a coisa julgada*».
- 146 DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil*, op. cit., v. 2, p. 612-613, parlano di una «*estabilidade processual distinta da coisa julgada*».
- 147 COSTA, Eduardo José da Fonseca, *Art. 304*, op. cit., il quale, una volta decorso il termine di due anni per l'esercizio dell'azione revisionale, parla di una «*quase coisa julgada*» e di «*superestabilização*» della misura anticipatoria di urgenza, che possiede una «*irradiação de efeito equivalente ao de coisa julgada*», ossia di un «*efeito externo semelhante ao de coisa julgada*».
- 148 Parla di stabilizzazione di effetti ed esclude la produzione della cosa giudicata materiale: SCARPINELLA BUENO, Cassio. *Manual de direito processual civil*, op. cit., p. 234, secondo cui ci sarebbe «una mera coincidenza (non identità)» di regimi giuridici considerati.
- 149 MEDINA, José Miguel Garcia. *Novo código de processo civil comentado*, op. cit., p. 490; ID., *Direito processual civil moderno*, cit., p. 524, secondo cui decorso il termine di due anni, il provvedimento anticipatorio diviene «*marcadamente estável quando, ultrapassado o prazo de dois anos, se extingue o direito de ajuzar ação para rever, reformar ou anular a decisão que concedeu a liminar*».
- 150 DINAMARCO, Cândido Rangel; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. *Teoria geral do novo processo civil*, op. cit., p. 29, ritengono che la stabilità della misura di urgenza si «*fortalecerá mas não coincidirá com atributos idênticos à eficácia preclusiva e à função positiva*» della cosa giudicata.
- 151 TOSCAN, Anissara. *Preclusão processual civil*, op. cit., p. 216.
- 152 NEVES, Daniel Amorin Assumpção. *Novo Código de Processo Civil Comentado*, op. cit., p. 493.
- 153 PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *Direito processual civil contemporâneo*, cit., p. 524, parla di immutabilità.
- 154 DONIZETTI, Elpídio. *Curso didático de direito processual civil*, op. cit., p. 496.

dall'art. 304, in particolare dal suo § 6°, che esclude espressamente l'attitudine al giudicato del provvedimento in esame¹⁵⁵, nonché con gli articoli 502 e seguenti del codice che disciplinano l'istituto della cosa giudicata. Ciò detto, personalmente, ritengo che né in Brasile né in Italia sussista un reale impedimento di natura sistematica e di portata costituzionale che sia in grado di ostacolare il legislatore ordinario ad attribuire la forza della cosa giudicata ad un provvedimento anticipatorio di urgenza¹⁵⁶. L'ostacolo sembra, quindi, essere di tipo politico e frutto di una scelta discrezionale del legislatore ordinario¹⁵⁷, della quale si deve, comunque, prendere atto e in base alla quale è necessario ricostruire la tecnica della stabilizzazione, oggetto della presente analisi.

Ad ogni modo, la richiamata soluzione ci sembra essere quella più coerente in riferimento alla lettera dell'art. 304, in quanto: da un lato, permette di rispettare il § 5°, poiché tiene conto del termine biennale per proporre l'azione revisionale; dall'altro lato, è in linea con il § 6° del medesimo articolo, essendo coerente con l'espressa esclusione dell'attitudine al giudicato del provvedimento. Inoltre, la prospettiva in discorso ci pare essere quella più conforme con l'intenzione del legislatore brasiliano in relazione all'istituto della tutela anticipatoria di urgenza, il cui scopo è quello di «risolvere situazioni momentanee senza il rischio di stabilizzazione totale»¹⁵⁸.

Avendo escluso che l'incontrovertibilità della misura anticipatoria di urgenza stabilizzata e definitiva si identifichi con la cosa giudicata in senso

155 Fanno riferimento all'argomento testuale, di cui all'art. 304, § 6°, che porta ad escludere l'attitudine al giudicato del provvedimento anticipatorio di urgenza anche NUNES, Dierle; ANDRADE, Érico. *Os contornos da estabilização da tutela provisória de urgência antecipatória no novo CPC e o mistério da ausência de formação da coisa julgada*, op. cit., p. 80.

156 In senso contrario: NUNES, Dierle; ANDRADE, Érico. *Os contornos da estabilização da tutela provisória de urgência antecipatória no novo CPC e o mistério da ausência de formação da coisa julgada*, op. cit., p. 83, ritengono che ci sia un ostacolo costituzionale all'attribuzione della cosa giudicata ad un provvedimento sommario.

157 Per analoghe considerazioni nell'ordinamento italiano si veda BIAVATI, Paolo. *Prime impressioni sulla riforma del processo cautelare*, op. cit., p. 569, secondo cui: «non vi sarebbe nessun ostacolo reale ad attribuire alla decisione anticipatoria, una volta esaurita la fase del reclamo e senza che le parti abbiano inteso dare vita al giudizio di merito, un'efficacia di giudicato. Vi è, però, una comprensibile ritrosia del legislatore a giungere a tanto [...]. Si tratta, però, di un limite politico, non di un limite strutturale».

158 Così NUNES, Dierle; ANDRADE, Érico. *Os contornos da estabilização da tutela provisória de urgência antecipatória no novo CPC e o mistério da ausência de formação da coisa julgada*, cit., p. 90, secondo i quali: «A ausência de formação de coisa julgada viabiliza, como ocorre de institutos análogos no direito estrangeiro, que a técnica se apresente como um relevante expediente prático para resolver situações momentâneas sem o risco de estabilização total».

proprio, è necessario, pertanto, analizzare la tecnica della stabilizzazione in maniera autonoma (rispetto ai tradizionali istituti processuali) e, quindi, individuare le regole ad esso applicabili, nonché determinare l'ambito oggettivo dell'incontrovertibilità del provvedimento in esame¹⁵⁹.

Cominciando da quest'ultimo aspetto, in relazione all'ambito di indiscutibilità del provvedimento anticipatorio di urgenza, ci pare sia più corretto ritenere che la sua vincolatività sia alquanto ridotta: sarà impossibile rimettere in discussione il concreto risultato imposto dal provvedimento, ma il suo contenuto non produrrà nessun vincolo in relazione ad altri futuri giudizi vertenti su diritti dipendenti da quello deciso con la tutela di urgenza. In altre parole, l'incontestabilità del provvedimento anticipatorio di urgenza si identifica con la sola funzione negativa della cosa giudicata, essendo da escludere la funzione positiva del giudicato rispetto alla misura in discorso¹⁶⁰.

Inoltre, come disposto dall'art. 503 c.p.c., l'estensione della cosa giudicata alle questioni pregiudiziali è subordinata al reale (e non solo potenziale) espletamento di una cognizione piena ed esauriente e, in particolare, all'instaurazione di un contraddittorio previo ed effettivo su tali questioni. Essendo il provvedimento anticipatorio di urgenza emanato a conclusione di una cognizione sommaria e senza la previa convocazione della controparte, l'ambito oggettivo dell'incontrovertibilità dell'atto in

159 Per questa constatazione si veda anche TOSCAN, Anissara. *Preclusão processual civil*, op. cit., p. 216, scrive che è necessario «se primar para que esse novo fenômeno seja compreendido com fulcro em regras e princípios próprios e de forma autônoma em relação às estabilidades processuais já consagradas em nosso sistema».

160 Ritengono che il provvedimento anticipatorio di urgenza sia dotato della sola funzione negativa della cosa giudicata ed escludono quella positiva: SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Doze problemas e onze soluções quanto à chamada "estabilização de tutela antecipada"*, cit., p. 187; DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil*, v. 2, op. cit., p. 612-613; TOSCAN, Anissara, *Preclusão processual civil*, cit., p. 216, secondo cui «afastando-se a conformação de coisa julgada [...] refuta-se, por uma lado, a atribuição de eficácia positiva a essa decisão, no sentido de não impor a sua observância em processos futuros em que eventualmente apareça como questão prejudicial». In realtà anche TALAMINI, Eduardo. *Tutela de urgência no projeto de novo Código de Processo Civil: a estabilização da medida urgente e a "monitorização" do processo civil brasileiro*, op. cit., p. 28; WAMBIER, Luis Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de processo civil*, v. 2, op. cit., p. 897, accolgono questa prospettiva della definitività e intangibilità del risultato e degli effetti della misura anticipatoria di urgenza. Gli AA. scrivono, infatti, che decorso il termine di due anni per proporre l'azione revisionale, non potrà essere più rimesso in discussione quanto deciso con il provvedimento anticipatorio e danno il seguente esempio: gli effetti dell'ordine di pagare gli alimenti, dato con la misura anticipatoria di urgenza, resteranno fermi e non saranno travolti qualora una successiva sentenza venisse a dichiarare inesistente lo stato di filiazione. L'efficacia di tale sentenza varrà solo per il futuro, senza travolgere quanto stabilito per il passato dalla misura anticipatoria di urgenza. Nella prospettiva dei citati AA., si ammette, quindi, una definitività intangibile degli effetti creati dal provvedimento anticipatorio sommario, negandosi l'idoneità al giudicato della misura.

esame non potrà, pertanto, comprendere le questioni pregiudiziali, pena la violazione di quanto disposto dall'art. 503¹⁶¹.

In altre parole, l'ambito oggettivo della incontrovertibilità del provvedimento anticipatorio di urgenza non si estende: «né (a monte) al rapporto da cui è scaturito il diritto oggetto» della misura, «né (a valle)» ai diritti dipendenti da quello deciso¹⁶². Siamo in presenza di una incontestabilità del provvedimento che implica esclusivamente una irremovibilità dei suoi effetti e risultati, ma che non si promana né in relazione alle questioni pregiudiziali né produce un vincolo sui rapporti giuridici connessi con quello dedotto in giudizio. Così definita, l'incontrovertibilità di cui è dotata la misura anticipatoria di urgenza definitiva viene, di fatto, a identificarsi con la figura della preclusione *pro iudicato*, utilizzata, da una parte della dottrina italiana, per descrivere l'incontestabilità del contenuto dei provvedimenti decisori sommari, che ha un ambito oggettivo ridotto rispetto alla cosa giudicata in senso proprio¹⁶³. Ricordiamo che il fenomeno

161 Per l'esclusione dell'estensione dell'incontrovertibilità del provvedimento anticipatorio alle questioni pregiudiziali, si vedano anche: DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil*, v. 2, op. cit. p. 613; WAMBIER, Luis Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de processo civil*, v. 2, op. cit., p. 897; NUNES, Dierle; ANDRADE, Érico. *Os contornos da estabilização da tutela provisória de urgência antecipatória no novo CPC e o mistério da ausência de formação da coisa julgada*, op. cit., p. 83; DONIZETTI, Elpídio. *Curso didático de direito processual civil*, op. cit., p. 496, esclude che l'incontestabilità della misura riguardi gli antecedenti logici necessari.

162 Per l'utilizzo delle espressioni "a monte" e "a valle" ci siamo ispirati a quanto descritto da LUISO, Francesco Paolo. *Diritto processuale civile*, v. IV, op. cit., p. 156, in relazione alla tesi sulla incontestabilità ridotta del provvedimento ingiuntivo non opposto (tesi, peraltro, che l'A. non accoglie).

163 Come noto l'elaborazione della figura della preclusione *pro iudicato* viene fatta attribuita a: REDENTI, Enrico. *Profili pratici del diritto processuale civile*. Milano, Giuffrè, 1938, p. 135; ID., *Diritto processuale civile*. Milano, Giuffrè, 1952 e 1954, v. 1, p. 71-72, e v. 3, p. 25-26 e p. 41-45. Seguono in Italia la tesi della preclusione *pro iudicato* in relazione ai provvedimenti sommari anche: ANDRIOLI, Virgilio. *Commento al codice di procedura civile*. 3. ed. v. IV, Napoli: Jovene, 1964, p. 113 ss.; MONTESANO, Luigi. *La tutela giurisdizionale dei diritti*. 2. ed. Torino: Utet, 1994, p. 260; PROTO PISANI, Andrea. *Lezioni di diritto processuale civile*, op. cit., p. 80-81; BASILICO, Giorgetta; CIRULLI, Massimo. *Le condanne anticipate nel processo civile di cognizione*. Milano: Giuffrè, 1996, p. 316 ss.; RONCO, Alberto. *Struttura e disciplina del rito monitorio*. Torino: Giappichelli, 2000, p. 579 ss.

La tesi italiana sulla preclusione *pro iudicato* è conosciuta anche in Brasile e viene riportata nelle seguenti monografie dedicate alla preclusione: NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Preclusões para o juiz. Preclusão pro iudicato e preclusão judicial no processo civil*. São Paulo: Editora Método, 2004, p. 15 e p. 19 ss.; SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Preclusão processual civil*. São Paulo: Atlas, 2006, p. 83, il quale riferisce che Redenti elaborò l'espressione preclusione *pro iudicato* per individuare il contenuto di alcuni provvedimenti che non rivestendo la forma della sentenza «*podem, em virtude do seu conteúdo, gera efeitos extraprocessuais sobre as partes de um litígio, impedindo-as de deduzir as questões resolvidas em processos ulteriores, mas com efeitos menos intensos que os da coisa julgada material (embora a eles de certa*

della preclusione pro iudicato viene definito dalla dottrina come: un vincolo consistente nella impossibilità di «rimuovere i risultati cui è pervenuto» il provvedimento sommario¹⁶⁴; «un effetto di incontestabilità dell'attribuzione patrimoniale compiuta dal giudice»¹⁶⁵; una immutabilità «quantitativamente (non qualitativamente) minore» dell'accertamento contenuto in una sentenza passata in giudicato e resa a conclusione di un giudizio a cognizione piena¹⁶⁶.

Ciò detto, nonostante la sostanziale coincidenza tra la figura italiana della preclusione pro iudicato e l'incontrovertibilità degli effetti del provvedimento brasiliano anticipatorio di urgenza, è preferibile – a mio modesto avviso – evitare di utilizzare la richiamata espressione italiana, visto che in Brasile alla formula preclusione pro iudicato si

forma equiparados»; l'A. ricorda più avanti (p. 278) che: «o termo preclusão 'pro iudicato' foi chunado para situações particulares de eficácia extraprocessual de determinadas decisões não passíveis de ser cobertas pela coisa julgada material»; RUBIN, Fernando, *A preclusão na dinâmica do processo civil*, Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 44 ss.; TOSCAN, Anissara, *Preclusão processual civil*, cit., p. 48; RUBIN, Fernando, *A preclusão na dinâmica do processo civil*, cit., p. 44.

Ricordiamo, tuttavia, che non tutta la dottrina italiana accoglie la tesi della preclusione *pro iudicato*, considerata una soluzione di compromesso e sostanzialmente ingiusta, essendo più opportuno attribuire piena idoneità al giudicato sostanziale anche ai c.d. «provvedimenti sommari decisori» (come il decreto ingiuntivo non opposto e per il provvedimento di convalida di sfratto), facendo leva, oltre che sulla impugnabilità con i mezzi straordinari di impugnazione dei provvedimenti sommari decisori, anche sulla equivalenza tra l'effettivo espletamento della cognizione piena e il suo potenziale espletamento, al quale la parte liberamente rinuncia. Per questa prospettiva si vedano: MANDRIOLI, Cristanto; CARRATTA, Antonio. *Diritto processuale civile*, v. III, op. cit., p. 55-56; LANFRANCHI, Lucio. *La roccia non incrinata*, op. cit.; GARBAGNATI, Edoardo. *Il procedimento d'ingiunzione*, op. cit., p. 5 ss.; ID., *Preclusione "pro iudicato" e titolo ingiuntivo*, cit., p. 467 ss.; PUGLIESE, Giovanni. *Giudicato civile (dir. vig.)*, in *Enciclopedia del diritto*, v. XVIII, Milano: Giuffrè, 1968, p. 838 ss.; MENCHINI, Sergio. *Regiudicata civile*, in *Digesto discipline privatistiche*, v. XVI, Torino: Utet, 1997, p. 404 ss., spec. p. 423 ss.; CONTE, Riccardo. *Del procedimento d'ingiunzione*. Bologna: Zanichelli, 2012, p. 265 ss. In giurisprudenza si vedano: Cass., 13 febbraio 2002, n. 2083, in *Giur. it.*, 2003, p. 243; Cass., 16 novembre 2006, n. 24373; Cass., 19 luglio 2006, n. 16540; Cass., 24 marzo 2006, n. 6628.

164 Così MONTESANO, Luigi. *La tutela giurisdizionale dei diritti*, op. cit., p. 260, con considerazioni svolte a proposito della differenza tra la sentenza di condanna e il decreto ingiuntivo inoppugnabile perché non opposto o non validamente opposto. L'A. parte dal presupposto che «l'ordinamento sembra collegare indissolubilmente l'accertamento giurisdizionale al provvedimento conclusivo di processo in cui siano state date alle parti quelle che lo stesso ordinamento pone come le massime garanzie di svolgimento dell'azione e delle paritarie contrapposte difese, e perciò esclude quell'accertamento là dove, come nelle cognizioni sommarie, le dette garanzie siano minori di quelle consentite nell'ambito degli strumenti di tutela normale dei diritti» (p. 261).

165 MENCHINI, op. cit., p. 404 ss., spec. p. 425, nota 96, il quale, tuttavia, non accoglie la tesi della preclusione *pro iudicato*.

166 PROTO PISANI, op. cit., p. 80-81.

attribuiscono significati divergenti¹⁶⁷. Preferiamo, quindi, descrivere l'incontrovertibilità acquisita dal provvedimento anticipatorio di urgenza del c.p.c. brasiliano come una stabilità qualificata e processuale, come una irremovibilità e incontestabilità panprocessuale (o extraprocessuale o ultrattiva) degli effetti e risultati prodotti dalla misura in esame¹⁶⁸.

Inoltre, per quanto riguarda il regime della misura anticipatoria di urgenza, qualora venga proposta una domanda tendente a rimettere in discussione gli effetti stabilizzati e definitivi della misura, il processo verrà estinto sulla base del disposto dell'art. 487, inciso II. In ragione, quindi, del maturarsi della decadenza derivante dal decorso del termine biennale per l'esercizio dell'azione revisionale, di cui all'art. 304, § 5°, il giudice non potrà nuovamente affrontare l'esame della controversia ed emanerà una decisione (di merito) per rigettare la pretesa dedotta e chiudere il processo nel quale una parte cercava di rimettere in discussione la misura anticipatoria stabilizzata definitiva¹⁶⁹. Sempre

167 Si deve, infatti, ricordare che alcuni autori brasiliani utilizzano la formula preclusione *pro iudicato* in un senso diverso da quello indicato da Redenti. Secondo una parte della dottrina brasiliana, la preclusione *pro iudicato* indicherebbe quella preclusione che si crea rispetto al giudice all'interno dello stesso processo e verrebbe a coincidere con l'irretrattabilità del provvedimento nei confronti del giudice che lo ha emanato. In questa direzione si veda quanto scritto da MARQUES, José Frederico. *Manual de direito processual civil*. 9. ed. v. 2, Campinas, Millenium, 2003, p. 179-180, secondo cui la preclusione *pro iudicato* indica il tipo di preclusione che viene prodotta dalle decisioni di rito, non più impugnabili, si tratti di sentenze o di ordinanze; l'A. aggiunge che «a preclusão pro iudicato não se confunde com a coisa julgada, porque os efeitos daquela ficam limitados e confinados ao processo, enquanto que os da res iudicata material se irradiam para fora do processo, impedindo o reexame das questões decididas por qualquer outro juízo ou tribunal»; secondo questa prospettiva la preclusione *pro iudicato* ha effetti limitati al singolo processo in cui viene creata e riguarda delle decisioni a contenuto processuale che non sono più impugnabili con i mezzi di impugnazioni ordinari; così descritta la preclusione *pro iudicato* si identifica con l'irretrattabilità-immodicabilità di una decisione (di rito) e viene a coincidere con il concetto di esaurimento del potere decisorio. Ricorda NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Preclusões para o juiz*, op. cit., p. 24, che tale confusione nell'utilizzo dell'espressione preclusione *pro iudicato* deriva dall'influenza sul pensiero di Frederico Marques della tesi di RICCIO, Stefano. *La preclusione processuale penale*. Milano: Giuffrè, 1951, p. 100; si veda nello stesso senso anche TOSCAN, Anissara. *Preclusão processual civil*, op. cit., pp. 48-49. Per la sintesi delle opinioni della dottrina brasiliana sul punto rinviamo a: SICA, Heitor Vitor Mendonça, *Preclusão processual civil*, op. cit., p. 84 ss. Ad ogni modo, concordiamo con NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Preclusões para o juiz*, op. cit., p. 20 ss., che la formula *preclusão pro iudicato* debba essere riservata al fenomeno della irrevocabilità-incontrovertibilità extraprocessuale, simile e analoga alla cosa giudicata.

168 Nella medesima prospettiva si veda anche TOSCAN, Anissara. *Preclusão processual civil*, op. cit., p. 216, la quale evita l'utilizzo della formula «*preclusão pro iudicato*», preferendo parlare di una stabilizzazione che produce «*efeitos extraprocessuais*».

169 Per la parte che qui interessa, l'articolo 487, dispone che: «*Haverá resolução de mérito quando o juiz ... II – decidir, de ofício ou a requerimento, sobre a ocorrência de decadência ou prescrição*». Si veda THEDORO JR., Humberto. *Curso de direito processual civil*, v. I, op.cit., p. 1028 ss.

su questo aspetto, potrà essere rigettata in via preliminare, ai sensi dell'art. 332, § 1°, e ricorrendo le altre condizioni previste dalla legge, la domanda tendente a constatare gli effetti stabilizzati in maniera incontrovertibile di un provvedimento anticipatorio di urgenza, per il verificarsi di una decadenza (il decorso del termine di due anni di cui all'art. 304, § 5°)¹⁷⁰. Il giudice potrà, pertanto, dichiarare di ufficio la decadenza in ragione dell'esistenza di un provvedimento anticipatorio di urgenza stabilizzato e divenuto definitivo per effetto del decorso del termine biennale.

Infine, non acquisendo la cosa giudicata in senso proprio, è da escludere che il provvedimento anticipatorio di urgenza sia impugnabile con la revocazione (*ação rescisória*)¹⁷¹. Tra l'altro, ammettere l'impugnabilità del provvedimento anticipatorio di urgenza

Per l'applicazione dell'art. 487, inciso II, si vedano: SICA, Heitor Vitor Mendonça, *Doze problemas e onze soluções quanto à chamada "estabilização de tutela antecipada"*, cit., p. 188; NUNES, Dierle; ANDRADE, Érico. *Os contornos da estabilização da tutela provisória de urgência antecipatória no novo CPC e o mistério da ausência de formação da coisa julgada*, op. cit., p. 82.

170 Sul cosiddetto «*judgamento de improcedência liminar*», di cui all'art. 332, che permette al giudice di rigettare la domanda dell'attore senza aver previamente instaurato il contraddittorio con il convenuto, si veda: THEDORO Jr., Humberto. *Curso de direito processual civil*, v. I, op. cit., p. 759 ss. Il menzionato § 1° dell'art. 332 dispone che: «*O juiz também poderá julgar liminarmente improcedente o pedido se verificar, desde logo, a ocorrência de decadência ou de prescrição*».

171 Per l'inammissibilità della revocazione nei confronti della misura anticipatoria di urgenza, nonostante abbia acquisito la situazione processuale di definitività, si vedano: DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil*, v. 2, op. cit. p. 613; DIDIER Jr., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de direito processual civil*, 13. ed. v. 3, Salvador: Juspodivm, 2016, p. 436; SCARPINELLA BUENO, Cassio. *Manual de direito processual civil*, cit., p. 234, il quale ricorda che l'*ação rescisória* è una «*técnica processual codificada para o desfazimento da coisa julgada material em determinadas hipóteses*»; COSTA, Eduardo José da Fonseca, *Art. 304*, op. cit., p. 433; TOSCAN, Anissara. *Preclusão processual civil*, op. cit., p. 216; l'enunciato n. 33 del *Fórum Permanente de Processualistas Civis del Brasile*, in base al quale: «*não cabe ação rescisória nos casos de estabilização da tutela antecipada de urgência*». L'impugnazione per revocazione (*ação rescisória*), di cui agli artt. 966 ss., del provvedimento anticipatorio di urgenza è naturalmente esclusa da parte di quegli autori che negano qualsiasi forma di incontrovertibilità della misura in esame, come: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; MELLO, Rogério Licastro Torres de. *Primeiros comentários ao novo Código de Processo Civil*, op. cit., p. 567.

Come indicato, coloro che ammettono l'idoneità al giudicato della misura anticipatoria di urgenza, ritengono che l'impugnazione per revocazione sia proponibile contro il provvedimento in esame dopo il decorso del termine di due anni per l'esercizio dell'azione revisionale.

Da ricordare sul punto la diversa prospettiva di YARSHELL, Flávio Luiz. *Breves notas sobre a disciplina da ação rescisória no CPC 2015*, in *O Novo Código de Processo Civil. Questões controvertidas*, op. cit., p. 155 ss., spec. p. 157, secondo cui l'impugnazione per revocazione (*ação rescisória*), di cui agli artt. 966 ss., sarebbe proponibile già prima del decorso del termine di due anni, di cui all'art. 304, § 5°, poiché i motivi di revocazione sarebbero diversi da quelli spendibili con l'azione per rivedere, riformare e invalidare il provvedimento anticipatorio di urgenza; l'A. fonda la propria tesi anche sulla diversa competenza

con la revocazione significherebbe dilatare eccessivamente il periodo temporale per poter privare di efficacia la misura in esame¹⁷²: dopo la scadenza del termine biennale per proporre l'azione revisionale, si aprirebbe un altro termine di due anni per esperire la revocazione; si arriverebbe in totale ad un periodo di quattro anni nel corso del quale l'efficacia della misura potrebbe essere messa in discussione¹⁷³. Non sarà nemmeno possibile chiedere la revocazione di una decisione di merito, passata in giudicato, ai sensi dell'art. 966, inciso IV, («offesa alla cosa giudicata»), per contrarietà con una precedente misura anticipatoria di urgenza stabilizzata e incontrovertibile: non avendo quest'ultima attitudine al giudicato, non troverà applicazione il menzionato caso di revocazione.

Da notare, infine, che sussiste una differenza di regime tra il provvedimento anticipatorio di urgenza stabilizzato e definitivo e il provvedimento ingiuntivo divenuto incontrovertibile per mancata opposizione: al primo spetta una sola irremovibilità di effetti, mentre il secondo possiede l'attitudine alla cosa giudicata (sia nella funzione negativa che in quella positiva), ciò che giustifica l'impugnabilità del provvedimento ingiuntivo con lo strumento della revocazione (art. 701, § 1)¹⁷⁴.

9 CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE

Al termine di questo scritto, possiamo concludere che la tecnica della stabilizzazione della tutela anticipatoria di urgenza degli articoli 303 e 304 costituisce indubbiamente di un'innovazione positiva che allinea il sistema brasiliano con le soluzioni adottate in alcuni sistemi europei (in particolare, come visto, in Francia e in Italia) e che tende a valorizzare l'economia processuale, evitando il necessario svolgimento di un processo a cognizione piena ed esauriente, qualora le parti desiderino accontentarsi del solo provvedimento sommario come fonte

dei giudici: «a demanda referida pelo art. 304 é da competência do juízo singular – aliás, ditada por critério funcional; a rescisória, ainda que contra decisão monocrática, é da competência do tribunal».

172 Per questa osservazione si veda COSTA, op. cit., p. 433.

173 La revocazione nel sistema brasiliano deve essere proposta entro due anni dal passaggio in giudicato della decisione di merito che si vuole impugnare, salvo il caso della falsità della prova rispetto al quale si applica un termine massimo di cinque anni (art. 975 c.p.c.).

174 Per questa osservazione si vedano: DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil*, v. 2, op. cit. p. 613. In ogni caso, alla luce del disposto dell'art. 503, l'accertamento contenuto nel provvedimento ingiuntivo non opposto non si estende alle questioni pregiudiziali del diritto dedotto in giudizio.

di disciplina del rapporto giuridico controverso. Se, quindi, l'idea di fondo della stabilizzazione della tutela anticipatoria è indubbiamente corretta, dobbiamo, purtroppo, ammettere che la concreta attuazione che di tale tecnica ha dato il codice di procedura civile brasiliano del 2015 non è del tutto soddisfacente. Come precedentemente indicato, gli articoli 303 e 304 suscitano diverse perplessità e provocano molti dubbi e hanno costretto la dottrina ad elaborare alcune soluzioni interpretative per giungere ad un corretto utilizzo del nuovo istituto e a individuare il grado di definitività e il regime della misura di urgenza. Anche il ristretto ambito di applicazione della tecnica della stabilizzazione e i vari presupposti a cui è stata condizionata ci sembra criticabile; non è un caso che una parte della dottrina abbia dei seri dubbi sul futuro utilizzo del nuovo istituto nella vita pratica del processo brasiliano¹⁷⁵. Da parte nostra, possiamo solo sperare che il nuovo istituto della stabilizzazione della tutela anticipatoria di urgenza possa effettivamente contribuire al miglioramento della situazione della giustizia civile brasiliana.

175 Alcuni autorevoli studiosi dubitano dell'effettiva utilità della tecnica della stabilizzazione della tutela anticipatoria di urgenza e ritengono che in futuro verrà poco utilizzata nella vita pratica del processo civile brasiliano. Si vedano in questo senso: YARSHELL, Flávio Luiz. *A tutela provisória (cautelar e antecipada) no novo CPC: grandes mudanças?* (IX), cit., secondo cui «o instituto tenderá a perder relevância, quer porque há outros meios mais vantajosos de se proporcionar verdadeira tutela, quer pelo potencial a gerar controvérsias de que o instituto é portador. É o que me diz o otimismo fruto da idade»; SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Primeiras impressões sobre a "estabilização da tutela antecipada"*, cit., p. 115; ID., *Doze problemas e onze soluções quanto à chamada "estabilização de tutela antecipada"*, cit., pp. 195-196; GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Art. 304*, op. cit., p. 895, il quale non nasconde la propria sfiducia sulla effettiva possibilità che l'istituto della stabilizzazione riduca realmente il numero di processi, considerando che la prassi brasiliana è quella di proporre impugnazione contro i provvedimenti e, quindi, i casi di stabilizzazione di una misura anticipatoria di urgenza saranno estremamente ridotti.

RECEBIDO EM:01/09/2016

APROVADO EM:01/11/2016

LOS CRITERIOS PARA LA MENSURACIÓN DEL VALOR DEL ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO Y PERJUICIOS CAUSADOS POR ACTOS CORRUPTOS

*CRITERIA TO MEASURE THE AMOUNT OF THE ILLICIT
ENRICHMENT AND LOSSES CAUSED BY CORRUPT ACTS*

André Luiz de Almeida Mendonça

*Doutorando em “Estado de Derecho y Gobernanza Global” e Mestre em
“Corrupción y Estado de Derecho” pela Universidade de Salamanca. Pós-graduado
em Direito Público pela Universidade de Brasília
Vencedor da categoria especial do Prêmio Inovare/2011*

SUMARIO: Introducción; 1 La Relación Del Producto Con Otros Institutos; 1.1 La conexión entre el producto y los daños generados por el ilícito; 1.2 La equivalencia entre el producto y en enriquecimiento ilícito; 1.3 Síntesis de la relación entre el producto con los institutos o término a él relacionados; 2 Bases Teóricas para la definición del producto ilícito; 2.1 La Teoría del producto Bruto; 2.2 La Teoría del producto Neto; 3 La prevalencia doctrinaria

respecto al producto del ilícito; 3.1 La prevalencia em Estados Unidos; 3.2 La prevalencia en Italia; 4 La disciplina legal del producto del ilícito; 4.1 La disciplina en los Tratos internacionales referentes a la corrupción; 4.2 La disciplina en la legislación brasileña; 4.3 La definición de producto en el contexto jurídico brasileño; 5 Los Criterios para la recuperación integral de los efectos patrimoniales generados por los actos de corrupción; 5.1 Los criterios para la determinación del valor del enriquecimiento o producto del ilícito; 5.2 Los criterios para la determinación del daño material causado por el ilícito; 5.3 Los criterios para la determinación del daño moral causado por el ilícito; 6 Consideraciones finales; Bibliografía.

RESUMEN: Recuperación de Activos procedentes de Actos de Corrupción e Improbidad Administrativa. Criterios para la mensuración del valor del enriquecimiento y perjuicios causados por el acto ilícito. Las relaciones entre los conceptos de producto, daño y enriquecimiento ilícito. Bases teóricas para la definición del valor a ser resarcido: teorías del producto bruto y del producto líquido. Prevalencias teóricas en Estados Unidos e Italia. Concepción aplicable en Brasil a partir de su marco normativo interno y de la adopción de la Convención de Mérida.

PALABRAS-CLAVE: Corrupción. Producto. Enriquecimiento Ilícito. Daños. Valor.

ABSTRACT: Asset Recovery derived from acts of corruption and improbity. Criteria for the measurement of the amount of enrichment and damages caused by the illicit act. Relations between the concepts of proceeds of crime, damage and illicit enrichment. Theoretical basis to define the amount of the asset recovery: theories of gross and net profits. Theoretical prevalence in United States and Italy. Conception applicable in Brazil from its internal regulatory framework and before Merida Convention.

KEYWORDS: Corruption. Profit. Illicit Enrichment. Damages. Amount.

INTRODUCCIÓN

La recuperación de activos procedentes de la corrupción es un principio fundamental de la Convención de Mérida¹. Se trata de una de las temáticas más relevantes para la prevención de la corrupción, pero su efectividad es todavía insuficiente, lo que demanda grandes desafíos para investigadores y autoridades del Sistema Judicial que actúan con el tema. Por esa razón, es imprescindible el incremento teórico sin perderse a perspectiva práctica a fin concebirse criterios y métodos capaces generar respuestas seguras, justas y efectivas ante el problema de la corrupción y el desafío de la recuperación de los activos procedentes de ese ilícito. Así, mismo lejos de agotar el tema, desde una concepción general, el presente artículo se propone contribuir para la reflexión teórico-práctica sobre ese principio fundamental para la prevención de la corrupción que es la recuperación de activos.

De otra parte, desde una perspectiva más específica, el presente estudio se dedicará a la identificación de la correcta expresión financiera del acto corrupto. En otras palabras, procurará presentar los criterios para la mensuración del valor del enriquecimiento y perjuicios causados por los actos relacionados a la corrupción para fines de recuperación de activos. Así, su propósito es mensurar adecuadamente el valor objeto de la acción judicial a ser propuesta por el Estado para recobrar los activos o efectos capaces de medirse monetariamente en virtud de actos corruptos o ímprobos.

Dentro de esa perspectiva, en el presente estudio serán presentadas (i) las relaciones entre los conceptos de producto, daño y enriquecimiento ilícito; (ii) las bases teóricas para la definición del producto del ilícito; (iii) la correspondiente prevalencia doctrinaria — especialmente en Estados Unidos e Italia —; (iv) la disciplina respecto al producto del ilícito en los Convenios Internacionales y en la legislación brasileña, y, finalmente; (v) los criterios definidores del valor a ser resarcido al Estado. Así, sigue el contenido del estudio.

1 LA RELACIÓN DEL PRODUCTO CON OTROS INSTITUTOS

En esa sección serán presentadas las principales expresiones o institutos utilizados para designar las consecuencias patrimoniales o económicas generadas por la práctica ilícita, más precisamente la relación entre “producto” y “daño”, y entre “producto” y “enriquecimiento ilícito”.

1 En ese sentido, véase el artículo 51 de la Convención. Disponible en: <https://www.unodc.org/pdf/corruption/publications_unodc_convention-s.pdf>. Acceso en: 20 ago. 2016.

1.1 LA CONEXIÓN ENTRE EL PRODUCTO Y LOS DAÑOS GENERADOS POR EL ILÍCITO

El concepto de producto del ilícito está directamente relacionado con el concepto de daño producido por el ilícito. Ambos son pertinentes a los efectos y las consecuencias económicas generadas por la conducta ilícita.

Sin embargo, a pesar de esa correlación y coexistencia, presentan tres diferencias fundamentales. En *primero* lugar, el producto tiene como perspectiva el *beneficio* o las rentas generadas en virtud de la práctica ilícita, mientras el daño se relaciona al *perjuicio* soportado por la víctima o personas afectadas por el ilícito — como el hijo del padre víctima de homicidio —; *segundo* porque el producto puede estar relacionado directa o indirectamente al ilícito, mientras el daño suele estar relacionado directamente al evento que lo ha generado², y; *tercero* porque el daño debe ser recompuesto a la víctima o perjudicado, mientras el producto será destinado al Estado.

Ante esa conexión y concomitante distinción, se puede afirmar que el producto (*lato sensu*) es todo el resultado patrimonial generado por la conducta ilícita, la cual puede producir (i) un *daño* para la víctima o tercero y (ii) la circulación de valores en determinado negocio — ilícito en si o marcado por un ilícito —, que es el producto propiamente dicho o producto (*stricto sensu*), lo cual puede ser considerado como [a] producto bruto o [b] producto neto. Por lo tanto, todo el debate en torno al producto bruto o neto, está relacionado al producto “*strictu sensu*”, pero todavía está íntimamente ligado a la cuestión del daño generado por el ilícito.

Así, la definición del producto *strictu sensu* — bruto o neto — debe necesariamente considerar el daño por dos motivos. *Primero* porque esos dos institutos no sólo son especies del mismo género (el producto *lato sensu*), como están sometidos al mismo tratamiento jurídico para la efectuación de su recuperación al patrimonio público, (i) pues derivan de un mismo hecho y también (ii) porque el acreedor de ambos en relación a los casos de corrupción es el Estado — aunque no se excluye otros posibles

2 Se di “suele” porque la responsabilidad por la reparación del daño puede nacer en función del riesgo de la actividad — conforme apunta la teoría de la imputación objetiva —, como ocurre en los casos daños ambientales. A ese respecto, apunta DE CARVALHO que “la responsabilidad civil ambiental presupone, pues, la existencia de una actividad que genere riesgos para la salud humana y el equilibrio al medio ambiente, cabiendo al emprendedor, de acuerdo con el principio de la prevención, prevenir la ocurrencia de daños a partir de tales riesgos, internalizándose a lo largo de la cadena productiva, en la dicción del principio del contaminador-pagador”. DE CARVALHO, Daniela Marques. À Procura de uma teoria de causalidade aplicável à responsabilidade civil ambiental. *Revista De Direito Ambiental*, n. 62. p. 16, abr. 2011.

demandantes que se sienten lesionados —. *Segundo* porque el producto *strictu sensu* puede confundirse con el daño y, en ese caso, lo fundamental es (i) que no haya *bis in idem* y, (ii) privilegiar el resarcimiento del daño a la víctima, pues es quien soporta directamente los efectos de la conducta ilícita — aunque se debe reconocer que en los ilícitos de corrupción, la víctima primera es el Estado, que también es el beneficiario del producto que no se confunde con el daño —. En otras palabras, la pérdida del producto *stricto sensu* está en relación de subsidiariedad delante del resarcimiento del daño. Por esa perspectiva se posibilita la justa restauración de la situación pretérita a la práctica del ilícito considerando la integralidad de los efectos patrimoniales generados por la conducta. Por lo tanto, el producto *stricto sensu* y el daño causado por el ilícito siempre serán conexos, razón por la cual la definición de uno no puede prescindir de la consideración del otro.

Sin embargo, decir que siempre serán conexos no significa decir que siempre existirán simultáneamente o serán simétricos. No necesariamente son simultáneos porque puede haber hechos ilícitos que generan uno sin ocasionar al otro, como por ejemplo: (i) en un crimen de tráfico ilegal de drogas, tanto el vendedor como el que adquiere para fines de revender experimentan un enriquecimiento ilícito — para el vendedor corresponde al valor recibido, mientras el revendedor experimenta el lucro del repase por valor más elevado —, pero no hay daño, y; (ii) en un crimen de daño donde una persona apedrea el coche de otro, el autor del ilícito no experimenta beneficio patrimonial, pero ha producido un daño en la propiedad de la víctima. En relación a la posible simetría o no, también siguen dos ejemplos: (i) un hurto de 500 Euros realizado por la simple sustracción del valor que estaba sobre la mesa donde la víctima cenaba producirá un beneficio para el infractor equivalente al perjuicio soportado por la víctima, es decir, en ese caso el producto se confunde con el daño, mientras; (ii) un hurto³ de 500 Euros sacados del interior de un coche después de que el infractor haya quebrado la ventana del vehículo — cuya reparación ha costado 300 Euros —, genera un producto de 500 y un daño de 800 Euros, siendo que parte del daño — correspondiente a los 500 Euros hurtados — se confunde con el producto del ilícito, razón por la cual el autor de la conducta debería ser condenado a soportar como máximo el valor de 800 Euros. Así, las circunstancias presentadas por los ejemplos ahora expuestos evidencian la importancia de la adecuada identificación de los institutos para la determinación del justo valor a ser recompuesto

3 Se trata de hurto calificado segundo el Código Penal de Brasil (cfr. art. 155, “caput” y § 4), pero se trata de robo segundo el Código Penal de España (cfr. arts. 237 y 238).

al Estado en los casos de corrupción, que pueden producir *riquezas* para los autores del ilícito *y/o daños* materiales para el Estado.

De ese modo, *en definitiva* se puede afirmar que:

- i. el producto *lato sensu* comprende tanto el producto *stricto sensu* como el daño, los cuales están sometidos a los mismos procedimientos para la recuperación de activos, ya que el Estado — víctima de los ilícitos de corrupción — no ingresa con acciones distintas para recobrar uno u otro;
- ii. las teorías con respecto a la definición del producto del ilícito se refieren esencialmente al producto *stricto sensu*, pero sin desconsiderar el daño producido por el ilícito en función de la posible “confusión” entre ambos;
- iii. la definición de los activos a ser recompuestos en los casos de corrupción deben considerar tanto el producto en sentido estricto como el daño generado por la conducta ilícita, y, finalmente;
- iv. la utilización en este trabajo del término “producto”, sin cualquier especificación, hace referencia al producto *stricto sensu*.

1.2 LA EQUIVALENCIA ENTRE EL PRODUCTO Y EN ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO

El *enriquecimiento* ilícito y el *producto* del ilícito son expresiones utilizadas para referirse a un mismo instituto jurídico: el que veda el enriquecimiento sin causa o sin justo título⁴. Ambas (*i*) se refieren a un beneficio patrimonial injustificado recibido por parte de determinada persona; (*ii*) se refieren a bienes o valores relacionados tanto directa como indirectamente a una práctica ilícita anterior⁵; (*iii*) autorizan demandar la restauración de la distribución ilícita de riquezas tanto del autor del ilícito

4 Consonante doctrinan CAMARA ALVAREZ Y DíEZ-PICAZO, la *causa* un concepto de Derecho positivo, “la causa es el justo título que consiste en el derecho de conservar en el patrimonio el valor ingresado en él”, mientras hay otra corriente que defiende la *causa* como un concepto de equidad constituida a partir de valores morales o éticos. CÁMARA ALVAREZ, Manuel de la; DíEZ-PICAZO, Luis. *Dos estudios sobre el enriquecimiento sin causa*. España, Madrid: Editorial Civitas. 1988, p. 38/39.

5 En ese sentido, véase KROETZ, para quien el enriquecimiento indirecto es aquel “fruto de dos o más transmisiones de valores sucesivas y se instala en un patrimonio distinto de aquel de quien ha sido protagonista del desplazamiento patrimonial originario”. KROETZ, Maria Candida do Amaral. *Enriquecimento sem causa no direito civil brasileiro contemporâneo e recomposição patrimonial*. 2005, p. 110. Disponible en: <http://www.ucc.ie/law/restitution/archive/brazil/Enriquecimento_sem_causa.pdf>.

como del beneficiario del ilícito — aunque este no sea legalmente responsable por la conducta del autor—⁶; (iv) no exigen necesariamente un daño, aunque sean institutos relacionados a él⁷. Por lo tanto, el *enriquecimiento ilícito* y *producto del ilícito* son términos equivalentes, que designan el mismo objeto: el beneficio económico obtenido a partir de un acto ilícito.

Sin embargo, hay una *aparente* diferencia entre los dos institutos. Es que la designación “producto” *suele* ser utilizada por el derecho penal para designar los efectos patrimoniales resultantes de un acto tipificado en la norma penal — aunque el mismo hecho también se constituya un ilícito civil o administrativo —, mientras el término “enriquecimiento” es frecuentemente utilizada por las normas de derecho civil, para referirse a los beneficios patrimoniales experimentados a partir de ilícitos de naturaleza civil — aunque el mismo hecho puede constituirse infracción de naturaleza penal.

Pero, para demostrar que la diferencia es sólo *aparente*, se mencionan dos situaciones. *Primero*, la propia Convención de Mérida utiliza las dos expresiones indistintamente, tanto que (i) en su preámbulo se refiere al enriquecimiento ilícito como “nocivo para las instituciones democráticas, las economías nacionales y el imperio de la ley”; (ii) en su artículo 20 se refiere al enriquecimiento ilícito como hipótesis de crimen, y; (iii) al definir el “producto del delito” como los “bienes de cualquier índole derivados u obtenidos directa o indirectamente de la comisión de un delito”⁸, incluye el mismo objeto del crimen de enriquecimiento ilícito. En *segundo* lugar, se toma como ejemplo el derecho norteamericano, donde la ley utiliza la misma expresión — *proceeds* — para referirse al producto a ser recompuesto (i) tanto por medio de una acción civil — la *Civil Forfeiture del Civil Asset Forfeiture Reform Act* — *CAFRA* — (ii) como vía procedimiento penal — la *Laundering of monetary instruments*, en la redacción de producto definida por el *Fraud Enforcement and Recovery Act* — *FERA* —. Esos ejemplos demuestran que producto y enriquecimiento ilícito son expresiones equivalentes.

6 En ese sentido, consonante doctrina CAMARA ALVAREZ Y DÍEZ-PICAZO, la obligación nacida del enriquecimiento sin causa “no descansa en la comisión de un acto ilícito por el enriquecido; no se requiere la culpa del enriquecido. Se trata, sencillamente, de que el desplazamiento patrimonial en que se traduce carece de una fundamentación que lo legitime”. CAMARA ALVAREZ; DÍEZ-PICAZO, op. cit., p. 31.

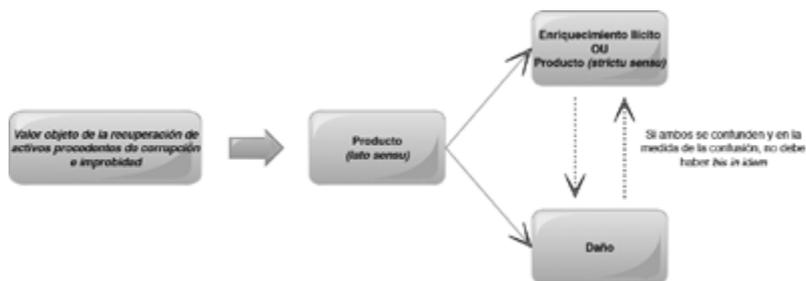
7 Al abordar el instituto del enriquecimiento sin causa, doctrina FROTA la distinción entre el instituto — sometido a acción propia de enriquecimiento sin causa — y la responsabilidad civil por daños, mismo porque en enriquecimiento no depende de la existencia de daño, pudiendo haber enriquecimiento sin daño o mismo habiéndose obtenido un beneficio a partir del acto ilícito — desde que ese también se beneficie con la conducta —.

8 En ese sentido, véase el artículo 2.e de la Convención. Disponible en: <https://www.unodc.org/pdf/corruption/publications_unodc_convention-s.pdf>. Acceso en: 20 ago. 2016.

Finalmente, es importante resaltar que esa aclaración no es apenas de carácter teórico ante la realidad jurídica brasileña, pues su Ley de Improbidad no utiliza la expresión “producto” en conjunto con “daño”, y sí “enriquecimiento ilícito” y “daño”. Así, cuando su artículo 12 se refiere a la “pérdida de los bienes o valores acrecidos ilícitamente al patrimonio”, se refiere al mismo producto del crimen sometido a decomiso por fuerza de las normas penales. Por lo tanto, el mismo criterio utilizado para definir el *quantum* del enriquecimiento ilícito es válido para la definición del *quantum* del producto *strictu sensu*, bien como del *quantum* a ser recuperado considerándose la relación entre ese mismo producto y el daño — es decir, el producto *lacto sensu* —.

1.3 SÍNTESIS DE LA RELACIÓN ENTRE EL PRODUCTO CON LOS INSTITUTOS O TÉRMINOS A ÉL RELACIONADOS

En función de lo que hasta aquí expuesto, se puede sintetizar la relación entre el producto del ilícito, el enriquecimiento ilícito y el daño causado por la conducta criminosa o ímproba de la siguiente forma:



2 BASES TEÓRICAS PARA LA DEFINICIÓN DEL PRODUCTO DEL ILÍCITO

Hay básicamente dos corrientes teóricas dedicadas a la definición del producto del ilícito a ser decomisado: la teoría del producto *bruto* y la teoría del producto *neto*. Así, siguen las principales bases de cada una de esas teorías.

2.1. LA TEORÍA DEL PRODUCTO BRUTO

Según esta corriente teórica, el montante a ser recompuerto al Estado en función de una práctica ilícita — y en nuestro caso, de un ilícito de corrupción o improbidad — corresponde al valor bruto del beneficio económico obtenido por el acusado sin descontar los gastos e inversiones

hechas para realizar el “negocio” ilícito. Al describir los contornos de esa corriente teórica, el profesor BLANCO CORDERO apunta que el autor de la conducta ha asumido el riesgo del ilícito y, por lo tanto, no puede beneficiarse de su propia torpeza para descontar el valor invertido en el negocio ilícito⁹, o sea, según esta concepción, el acusado no podrá descontar del valor a ser pago, los costes involucrados en la actividad ilícita. Por ejemplo, a partir de lo que los norte-americanos llaman de *gross profits* o *gross receipts* del crimen *(i)* en un caso de tráfico de drogas estupefacientes, el producto del ilícito corresponderá a todo el valor obtenido con la venta de la droga, sin descontar los costes de producción, transporte y mano de obra involucrados en la “cadena productiva”; *(ii)* en un caso de venta de armas ilegales, el producto del crimen será todo el valor obtenido con la venta del arma, sin descontar los costes de fabricación o, en caso de repase, el valor de pago por ella junto al fabricante o anterior propietario, o; *(iii)* en un caso de corrupción, el producto del ilícito será todo el valor obtenido del negocio, sin descontar los costes en él involucrados, como por ejemplo el soborno del pago, los gastos con viajes para realizar el negocio fraudulento y hasta para la ejecución del objeto del negocio ilícito. Por lo tanto, la teoría del producto bruto considera que el riesgo del negocio ilícito debe ser asumido por el acusado y no por la sociedad.

En ese sentido, por cuestiones de justicia y como forma de prevenir el crimen, la *teoría del producto bruto* entiende que se debe diferenciar el negocio lícito del ilícito. Es cuestión de justicia porque si no se parte del principio del producto *bruto*, el Estado de Derecho — lo que incluye su Sistema Judicial, que prima por la legalidad como principio —, *(i)* daría el mismo tratamiento a negocios de distintas naturalezas — el lícito y el ilícito —; *(ii)* generaría desigualdad entre las personas y empresas que actúan en la economía, pues aquellos que lo hacen lícitamente están sometidos a mayor rigor contable, fiscal, contractual y hasta de ética empresarial, porque su “buen nombre” será su mayor patrimonio para conquistar nuevos negocios en un mercado de libre y justa competencia; *(iii)* impondría sobre el mismo Estado ya lesionado por el ilícito practicado todo el cargo de la prueba de los posibles costes del negocio ilícito, e; *(iv)* impondría sobre la sociedad todo el riesgo por eventual fracaso del autor del ilícito¹⁰. Además, es una cuestión

9 En ese sentido, véase BLANCO CORDERO, donde expresamente consigna que “de acuerdo con el *principio de ganancias brutas* son decomisables todos los bienes obtenidos del delito, sin que haya que descontar de ellos el valor de lo invertido en su ejecución”. BLANCO CORDERO, Isidoro. El comiso de ganancias netas: ¿brutas o netas? *Diario La Ley*, ISSN 1989-6913, n° 7569, p. 2, 2011.

10 En ese sentido, doctrina AGUADO CORREA que la adopción de la teoría del producto neto impondría al Estado “hacer un esfuerzo y ralentizar su actividad para averiguar cuáles son las ganancias netas derivadas del delito, evitando que el sujeto pierda aquello que ha invertido para llevar a cabo el delito, [es

de prevención general, pues, en la peor de las hipótesis, el autor perdería lo mismo que si actuase lícitamente — eso si el Estado lograra probar los costes efectuados y sólo en ese máximo —, es decir, en un análisis de coste-beneficio siempre se concluiría que la práctica ilícita compensaría a la lícita¹¹. En fin, como ha sido dicho, sin la adopción de la teoría del producto bruto todo el riesgo de la actividad ilícita recaería sobre la sociedad ya perjudicada por la propia práctica de la actividad delictuosa.

2.2 LA TEORÍA DEL PRODUCTO NETO

Según la teoría del producto neto, es producto del ilícito el beneficio adquirido del negocio ilegal menos los costes involucrados en su ejecución. Al describir los contornos de esa corriente teórica, CORDERO apunta que por ella se adopta el “método del descuento”¹², o sea, el producto del ilícito sería el efectivo lucro del ilícito obtenido por su autor, debiendo disminuirse del valor recibido los costes involucrados en la ejecución de la actividad. En ese sentido, a partir de lo que en inglés se denomina *net profits*, la expresión financiera del producto del crimen — salvo disposición legal manifiesta en sentido contrario — dependería del abatimiento de los gastos y costes involucrados según (i) el principio de *lenitate* — lenidad, blandura o indulgencia — que impone la aplicación de una interpretación más tolerable al acusado delante de dos interpretaciones posibles y (ii) la desconsideración de eventual patrimonio lícito del imputado. Por lo tanto, según esa teoría, debe haber una condescendencia hermenéutica a favor del imputado, ya que la carga de la prueba es del Estado, preservándose una mayor garantía a los derechos individuales. En síntesis, inclusive los defensores de la teoría del producto neto no estiman el valor a ser recompuesto con base en el sobreprecio, pero sí con base en el lucro líquido obtenido por el acusado, pero debiendo las evidencias sobre lo *quantum* de ese lucro líquido ser presentadas por el Estado.

3 LA PREVALENCIA DOCTRINARIA RESPECTO AL PRODUCTO DEL ILÍCITO

Presentadas las líneas teóricas concebidas para la definición del producto del ilícito, es importante visualizar panorámicamente la prevalencia de una u otra en el contexto mundial. Así, en líneas

decir,] para el autor del hecho delictivo la comisión del mismo y la eventualidad de ser descubierto no implica ningún riesgo de pérdida económica, al poder recuperar y conservar los valores patrimoniales que ha invertido para la comisión del delito, arriesgándose únicamente, en el supuesto de que sea descubierto, a no obtener ganancias, pero no a sufrir una pérdida económica”. AGUADO CORREA, T. *El comiso*. Madrid: Edersa, 2000, p. 101.

11 En ese sentido, véase BLANCO CORDERO, op. cit., 2011, p. 2.

12 En ese sentido, véase BLANCO CORDERO, op. cit., 2011, p. 2.

generales, la teoría del producto neto prevalece en Bulgaria, Egipto e Yugoslavia¹³; en Alemania, Austria, Bélgica, Estados Unidos, Reino Unido y Suiza¹⁴ predomina la teoría del producto bruto; mientras en Italia hay un sistema intermedio¹⁵.

Así, para comprender mejor las cuestiones involucradas, importante observarse con más detalles las discusiones en Estados Unidos e Italia.

3.1 LA PREVALENCIA EN ESTADOS UNIDOS

En Estados Unidos la definición de producto puede ser hecha en dos contextos¹⁶ o acciones de distintas naturalezas.

En primer lugar, la recuperación del producto del crimen puede estar fundada en una acción civil con base en la *Civil Asset Forfeiture Act – CAFRA*. Mencionada legislación define el producto del crimen conforme a la naturaleza del negocio, es decir, (i) en los casos de *illegal goods, illegal services, unlawful activities, and telemarketing and health care fraud schemes*, se considera el producto bruto sin posibilidad de descontarse los gastos y costes efectuados para la realización de la ofensa — § 981(a)(2)(A) —; (ii) en los casos de *lawful goods or lawful services* realizados de una manera ilegal, se considera el producto bruto, pero con la posibilidad de que el demandado deduzca los *direct costs* incurridos en la provisión de los bienes o servicios — §981(a)(2)(B) —, y; (iii) en los casos de fraudes en procesos de obtención o extensión de créditos, el demandado podrá deducir lo necesario para no perjudicar a la víctima — § 981(a)(2)(C) —. Por lo tanto, según CAFRA, la mensuración del producto del ilícito parte del producto bruto y, conforme la naturaleza del negocio, se admitirá o no la deducción de los costes directamente involucrados en la actividad.

De otra parte, hay otro dispositivo legal en Estados Unidos que define el producto del ilícito. Se trata de *Fraud Enforcement and Recovery Act of 2009 – FERA*, que meses después de la controversia generada por la división de la Suprema Corte de Estados Unidos en la decisión del

13 En ese sentido, véase AGUADO CORREA, op. cit., 2000, p. 101.

14 En ese sentido, véase BLANCO CORDERO, op. cit., 2011, p. 3-5.

15 BLANCO CORDERO, op. cit., 2011, p. 4, afirma tratarse de “un criterio de *ganancias netas atemperado*”, en cuanto AGUADO CORREA, op. cit., 2000, p. 101, defiende ser el sistema de ganancia bruta.

16 En ese sentido, véase MARGOLIS, Daniel; LEFEVER, Anne. What ‘proceeds’?. *The New York Law Journal*, octubre, 12, 2009. Disponible en: <<http://www.pillsburylaw.com/siteFiles/Publications/97DDE252104B51E38A5EA9B0EE703C84.pdf>>.

caso *United States v. Santos*¹⁷, objetiva eliminar las dudas con respecto del concepto de producto en el contexto de lavado de activos afirmando expresamente que el producto del ilícito es “cualquier bien derivado, obtenido o retenido, directa o indirectamente, a través de alguna actividad ilegal, incluyendo el *gross receipts* de esa actividad”¹⁸. Por lo tanto, en los casos de lavado de activos, la ley norteamericana ha optado por la teoría del producto bruto sin ninguna restricción.

3.2 LA PREVALENCIA EN ITALIA

En Italia, la cuestión ha sido objeto de debates a partir de la edición del Decreto Legislativo n. 231/2001, del 8 de junio. Referida norma trata de la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas y su artículo 19 prevé la confiscación del producto, bien o valor equivalente — resguardados los derechos de terceros de buena fe —, pudiéndose descontar la parte que se puede devolver a la persona lesionada¹⁹.

Al aplicar el mencionado dispositivo en un caso de corrupción, las Secciones Unidas del Tribunal de Casación Italiano han apuntado que la definición sobre la posibilidad de abatirse o no los costes del negocio

17 *United States v. Santos*, 553 U.S. 507 (2008), ponente Mr. Justice SCALIA, sentencia de 2 de junio. En el caso, el Efraim Santos era acusado de práctica de juegos ilegales, en cuya actividad estaban involucrados los costes con las personas encargadas de recibir las apuestas — los “runners”, con los encargados de repasar los valores al propio Santos — los “collectors” —, y con los propios ganadores de las apuestas. Así la discusión se ha centrado a respecto de la posibilidad del acusado descontar referidos costes del negocio, ocasión en que la Suprema Corte de Estados Unidos ha salido dividida en tres visiones distintas. De un lado (i) JUSTICE SCALIA — acompañado de más tres jueces — ha defendido la posibilidad de descontar los costes involucrados en el negocio con base en la “rule of lenity”; de otro (ii) JUSTICE STEVENS ha defendido la posibilidad del descuento no sólo a partir de la licitud o no del negocio, pero también de las especificidades involucradas en el negocio, es decir, ha admitido la posibilidad del abatimiento en el caso de juegos ilegales, pero ha diferenciado esa situación de casos de tráfico de estupefacientes; en cuanto (iii) JUSTICE ALITO — acompañado de más tres jueces — ha defendido que en el caso se aplicaba la teoría del producto bruto para fines de decomiso de los bienes. En ese sentido, véanse EVAN, Ennis. Uncertain precedent: United states v. santos and the possibility of a legislative remedy. *Cornell Law Review*, v. 95, 191-219, nov. 2009; DICKERSON, Brian; BASKO, Klodiana. Confusion in defining ‘proceeds’ under the money-laundering statute: A survey of circuit opinions. *The Federal Lawyer*, 57, 23-27 y 51, jun. 2010; MURPHY, M. Maureen. *United states v. santos*: ‘proceeds’ in federal criminal money laundering statute, 18 USC section 1956, means ‘profits’, not ‘gross receipts’. 2008, p. 3-6. Disponible en: <https://digital.library.unt.edu/ark:/67531/metaocrs10756/m1/1/high_res_d/RS22896_2008Jun13.pdf>.

18 Cfr. dispone la actual redacción del título 18, U.S.C. §1956(c)(9).

19 Además, el artículo 53 del mismo Derecho Legislativo permite el secuestro preventivo del producto del ilícito.

dependerá de su respectiva naturaleza²⁰. En ese sentido, la Corte Suprema de Italia ha partido del principio general de una ventaja económica bruta para definir el producto del ilícito²¹, pero permitiendo la aplicación de una “regla de exclusión” consonante la naturaleza del negocio, es decir, (i) si se trata de un negocio de naturaleza lícita, pero cuyo el contrato específico ha sido vulnerado por una conducta ilícita en su formación o ejecución, el demandado podrá pleitear el descuento de los gastos o costes lícitos efectuados según la *utilidad obtenida por la víctima* en virtud de la contraprestación del objeto del contrato o, todavía, según un beneficio legítimo experimentado por la víctima, a pesar de haber una práctica ilegal en su proceso de formación o ejecución; mientras (ii) si se trata de un negocio de naturaleza ilícita o cuya esencia es ilícita *per se*, no será posible descontar los costes del negocio. De esa forma, por ejemplo, (i’) si se trata de un contrato de prestación de un servicio u obra pública — o sea, de naturaleza lícita —, en cuyo proceso de selección de contratista la empresa adjudicada ha sobornado al funcionario para facilitar la conclusión del negocio — ilícito en el contrato —, la parte acusada podrá postular la deducción de los costes lícitos comprobados en la ejecución del objeto del contrato en la medida de la *utilidad* obtenida por la Administración Pública; mientras; (ii’) si se trata de un caso de tráfico de estupefacientes — o sea, un negocio esencialmente ilícito —, la parte no podrá pleitear ningún abatimiento. En fin, la definición del producto del ilícito en Italia permite o no la compensación de los costes del negocio en función de tratarse [a] de un ilícito en el negocio — por ejemplo el soborno en un negocio cuyo objeto en sí es lícito — o [b] de un negocio esencialmente ilícito; debiendo ser redimensionada la regla del producto bruto en el primer caso — o sea, hacerse la deducción de los costes lícitos hechos por la empresa en la medida de la utilidad experimentada por el Estado²².

20 Se trata de la sentencia n. 26654, de 27 de marzo de 2008, publicada 2 de julio de 2008, de la “Corte de Cassazione, Sezioni Unite Penali”, que se ha pronunciado a respecto del producto del ilícito en caso de corrupción en contrato de prestación de servicio público.

21 A ese respecto, MONGILLO, Vincenzo. La confisca del profitto nei confronti dell’ente in cerca di identità: Luci ed ombre della recente pronuncia delle sezioni unite. *Rivista Italiana Di Diritto e Procedura Penale*, p. 1764-1765, out./dez. 2008, apunta que la Corte Suprema italiana ha partido de un “*beneficio economico complessivamente affluito all’ ente per effetto del reato*” al considerar que el producto debe ser representado por una ventaja económica o patrimonial derivada directamente del objeto del ilícito según una noción de “*stretta affinità*”.

22 En ese sentido, véase MONGILLO, OP. CIT., P. 1767 que, al comentar la sentencia en cuestión, consigna que la Corte ha diferenciado lo que es una empresa criminosa — cuyo objeto en sí es la propia práctica de conductas ilícitas—, de empresas constituidas para realizar negocios legítimos, pero que en contextos específicos han practicado conductas ilícitas. Del mismo modo, BLANCO CORDERO, op. cit., p. 4, apunta que “eventual deducción de los costes se pueden modular en función de si el delito puede ser reconducible a una y otra categoría. Así, la ilicitud integral del contrato delictivo justificaría la privación de todo lo obtenido por el

4 LA DISCIPLINA LEGAL DEL PRODUCTO DEL ILÍCITO

En esta sección será considerado el tratamiento dado al producto del ilícito — más precisamente del ilícito de corrupción o improbidad— según los principales instrumentos internacionales y según la legislación brasileña.

4.1 LA DISCIPLINA EN LOS TRATADOS INTERNACIONALES REFERENTES A LA CORRUPCIÓN

En este tópico, será considerado el tratamiento dado por los principales Convenios Internacionales sobre la corrupción en relación a la cuestión del producto del ilícito, a saber, la Convención de las Naciones Unidas, de los Estados Americanos, de Europa y de África.

En la *Convención de Mérida*, la definición de producto es expresamente consignada en su artículo 2, línea “e”. En ese sentido, la Convención considera *producto* “los *bienes* de cualquier índole derivados u obtenidos directa o indirectamente de la comisión de un delito”, mientras los *bienes* son “los *activos de cualquier tipo*, corporales o incorporeales, muebles o inmuebles, tangibles o intangibles y los documentos o instrumentos legales que acrediten la propiedad u otros derechos sobre dichos activos”, los cuales están sujetos a embargo preventivo, incautación, decomiso y restitución²³. Además, la propia Convención atesta que las medidas constrictivas tendientes a la recomposición de los activos de los ilícitos de corrupción pueden recaer sobre bienes de valor correspondiente al respectivo producto²⁴ y sobre bienes derivados total o parcialmente del ilícito por transformación o conversión²⁵.

La *Convención de la OEA* contra la corrupción es menos específica. En verdad, su artículo XV — que se dedica a la medida sobre los bienes — sólo se refiere a la importancia de la mutua asistencia entre los Estados Partes para “la identificación, el rastreo, la inmovilización, la confiscación

delito, sin descuentos. Por el contrario, si existe un delito en el contrato, se pueden individualizar aspectos legales en el sinalagma contractual que, en consecuencia, podrían originar costes relativos a actividades legítimas y, como tales, descontables”.

23 Cfr. disponen las alneas “f” y “g” del mismo artículo 2 c.c. el artículo 3 de la Convención. Disponible en: <https://www.unodc.org/pdf/corruption/publications_unodc_convention-s.pdf>. Acceso en: 20 ago. 2016.

24 Cfr. artículo 31.1, alinea “a” de la Convención, en cuanto la alinea “b” respectiva apunta para el perdimiento de los instrumentos del delito.

25 Cfr. artículo 31.4 de la Convención.

y el decomiso de bienes obtenidos o derivados de la comisión de los delitos tipificados de conformidad con la presente Convención, [así como] de los bienes utilizados en dicha comisión o del producto de dichos bienes”, según sus leyes internas y los propios tratados o acuerdos internacionales.

En el ámbito de *Europa*, hay dos Convenciones que tratan de la Corrupción: la criminal y la civil. La *Convención criminal* no define lo que sea producto, pero demanda de los Estados Partes la adopción de medidas legislativas y procedimentales (i) para combatir el lavado del producto de los ilícitos relacionados a la corrupción (art. 13); (ii) para viabilizar la confiscación o cualquier otra medida de recuperación de activos de los instrumentos y productos del ilícito (art. 19.3), y; (iii) para facilitar la obtención de evidencias que permitan identificar, rastrear, embargar preventivamente y recuperar los instrumentos y productos del ilícito, o el valor equivalente, incluso por medio de técnicas especiales de investigación (art. 23.1). Ya la *Convención civil* no habla del producto, sino del daño derivado de la práctica corrupta, lo cual debe ser resarcido a la persona lesionada — e invariablemente será el propio Estado —, siendo incluso su propósito expresamente definido que cada Estado Parte tenga leyes internas dotadas de efectivos instrumentos para que las personas que han sufrido daños como resultado de actos de corrupción puedan defender sus derechos, “incluyendo la posibilidad de obtener compensación por los daños” (art. 1), siendo que su artículo 3 habla en “*full compensation*”. Así, las convenciones europeas abordan tanto la cuestión del producto obtenido como los daños causados por el ilícito.

Finalmente, la *Convención de África* prácticamente replica la definición de Mérida a partir de la conjugación de las definiciones de producto y bienes a que corresponden esos productos en una sola cláusula. En ese sentido, el artículo 1 de la Convención de África define como producto de la corrupción los “activos de cualquier naturaleza, corpóreos o incorpóreos, móviles o inmóviles, tangibles o intangibles, y cualquier documento o instrumento legal que acrediten la propiedad u otros derechos sobre dichos activos adquiridos como resultado de un acto de corrupción”, los cuales están sometidas a medidas constrictivas —“confiscación” — en procedimientos criminales o de otras naturalezas relacionadas el mismo hecho. Además, la Convención también demanda de los Estados la adopción de medidas similares a las definidas por la Convención criminal europea apuntadas en el párrafo anterior²⁶.

26 Cfr. artículos 6 y 16 de la Convención de África.

4.2 LA DISCIPLINA EN LA LEGISLACIÓN BRASILEÑA

En Brasil, hay tres leyes que tratan de los aspectos patrimoniales derivados de una práctica ilícita: el Código Penal, la Ley de Lavado de Activos y la Ley de Improbidad Administrativa.

El *Código Penal* brasileño disciplina la cuestión en su artículo 91, que trata de los efectos de la condenación. Por él, la condena torna cierta (i) la obligación de que el imputado indemnice el *daño* causado por la práctica criminosa y (ii) la pérdida a favor de la Unión Federal — resguardado el derecho del lesionado o tercero de buena fe — [a] de los instrumentos del crimen y [b] del *producto* del ilícito o de cualquier bien o valor que constituya provecho del ilícito. Además, el § 1 del mismo artículo dispone que “podrá ser decretada la pérdida de bienes y valores *equivalentes* al producto o al provecho del crimen cuando esos no fueran encontrados o cuando se localizan en el exterior”, siendo que el § 2 admite el embargo preventivo sobre bienes o valores equivalentes.

Ya la *Ley de Lavado de Activos* de Brasil²⁷, que ya no limita el rol de crímenes antecedentes, trata de la cuestión en su artículo 7. En él, además de remitir la cuestión para el Código Penal, (i) establece que el beneficiario de la pérdida será la Unión Federal o el Estado federado conforme la respectiva competencia para juzgar el crimen — si es de la justicia federal o estadual —, y; (ii) que la pérdida podrá recaer sobre “todos los bienes, derechos y valores relacionados, directa o indirectamente, a la práctica de los crímenes previstos en esa Ley, incluso aquellos utilizados para prestar la fianza, resguardado el derecho del lesionado o de tercero de buena fe”. Además, sus artículos 4 y 4-A tratan de medidas relativas al embargo preventivo y a la alienación anticipada de bienes y valores que constituyen instrumento, producto o provecho del ilícito, aunque estén en nombre de personas interpuestas.

Finalmente, la *Ley de Improbidad Administrativa* brasileña trata de la cuestión en su artículo 12. Por él, entre otras sanciones que estipula, se dispone que: (i) si se trata de acto de improbidad que importe *enriquecimiento* ilícito del acusado, se deberá decretar [a] la “pérdida de los bienes o valores acrecidos ilícitamente” y [b] el “resarcimiento integral del daño, cuando hubiera”; (ii) si se trata de acto que importe

27 Ley Federal 9.613/1998, de 3 de marzo, alterada por la Ley Federal 12.683/2012, de 9 de julio. Disponible en: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9613.htm.

perjuicio al erario, se deberá decretar [a] el “resarcimiento integral del daño” y [b] la “pérdida de los bienes o valores acrecidos ilícitamente al patrimonio, si coincidir esa circunstancia”, y; (iii) si se trata de acto que atenta contra los principios de la Administración Pública, se deberá decretar [a] el “resarcimiento integral del daño, si hubiera”.

En líneas generales, es ese el marco legislativo brasileño pertinente a la cuestión de la recomposición de activos en casos de corrupción o improbidad. Así, en el próximo apartado se tratará de comentar brevemente esas disposiciones con el propósito de identificar el marco teórico adoptado en el contexto brasileño — si del producto bruto o neto.

4.3 LA DEFINICIÓN DE PRODUCTO EN EL CONTEXTO JURÍDICO BRASILEÑO

En relación a la realidad legislativa brasileña, se revela muy clara la aplicación de la teoría del producto bruto. Es en ese sentido que se presenta el amplio marco definidor del concepto de producto establecido por la propia Ley de Lavado de Activos de Brasil, que determina la pérdida “de todos los bienes, derechos y valores relacionados, directa o indirectamente, a la práctica de los crímenes”, es decir, (i) la expresión “todos” resalta la amplitud del concepto, (ii) la expresión “relacionados” abarca todo el flujo patrimonial y financiero movido a partir de la práctica criminosa, mientras (iii) las locuciones “directa o indirectamente” resaltan que esa relación no necesariamente deriva de un negocio ilícito en sí mismo o no demanda haber un nexo causal inmediato entre el ilícito y el producto. Por ese concepto, (i) los gastos de hoteles para la práctica del crimen, (ii) los gastos con los empleados de una organización criminosa o (iii) los valores dependidos con una empresa de consultoría legalmente establecida con el propósito de “lavar” los activos, no podrán ser deducidos pues aunque el gasto sea lícito, es *ilícita la imputación del gasto*, pues son “funcionales para la comisión del delito”²⁸. Así, la Ley de Lavado de Activos de Brasil explicita adecuadamente el concepto de producto del ilícito y representa instrumento hábil para su comprensión general en el sistema jurídico según la teoría del producto bruto.

²⁸ En ese sentido, véase BLANCO CORDERO, que, después de consignar que la comisión del delito puede demandar no sólo la realización de gastos ilícitos, como de naturaleza lícita, concluye que la adopción del “principio de ganancias netas” impondría la deducción de esos gastos funcionales. BLANCO CORDEIRO, op. cit., 2011, p. 6.

En el mismo sentido camina la Ley de Improbidad de Brasil. Su artículo 12, especialmente al tratar de las sanciones por los actos que causan enriquecimiento ilícito y perjuicio al Estado, demanda recomposición plena e integral del producto del ilícito, o sea, “la pérdida de los bienes y valores acrecidos ilícitamente al patrimonio”, así como el “resarcimiento integral del daño. Así, a título de ejemplo, todas las ventajas y percepciones de valores obtenidos a partir de un contrato marcado por la práctica de corrupción debe ser perdido por los autores del ilícito, bien como todos los daños causados al Estado a partir de aquel mismo ilícito.

Además, no bastasen los dos normativos nacionales mencionados arriba, la opción legislativa por la teoría del producto bruto en Brasil se da también por la ratificación de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción²⁹. Sobre la fuerza normativa interna de la Convención, el Ministro Teori ZAVASCKI, del Supremo Tribunal Federal de Brasil, en artículo que trata de los mecanismos de cooperación internacional — con referencia expresa a la Convención de Mérida — doctrina que “excepto si declarados inconstitucionales, los tratados y convenciones aprobados y promulgados por Brasil [...], deben ser fielmente cumplidos por sus destinatarios”³⁰. Del mismo modo, es pacífica la doctrina del Supremo Tribunal brasileño en el sentido de que “los tratados y convenciones internacionales, una vez regularmente incorporados al derecho interno, se sitúan, en el sistema jurídico brasileño, en los mismos planos de validez, de eficacia y de autoridad en que se posicionan las leyes ordinarias”³¹, es decir, en el mismo estándar del Código Penal, de la Ley de Improbidad y de la Ley de Lavado de Activos de Brasil. Además, conforme apunta BLANCO CORDERO:

En el contexto de las Naciones Unidas los convenios sobre drogas, crimen organizado y corrupción utilizan el término productos para referirse al objeto del decomiso. Constituyen productos, según estos convenios, los bienes obtenidos o derivados directa o indirectamente

29 A ese respecto, la Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción ha sido ratificada por el país en 15 de junio de 2005, vigora desde 14 de diciembre de 2005, y ha sido promulgada por medio del Decreto 5687/2006, de 31 de enero.

30 En ese sentido, véase ZAVASCKI, Teori Albino. *Cooperação jurídica internacional e a Concessão do Exequatur*. *Revista de Processo*, v. 35, n. 183, p. 15, maio 2010. Del mismo modo, CAMARGO, Batriz Corrêa. *Instrumentos internacionais no combate à corrupção. transformações e harmonização do direito penal brasileiro: Considerações sobre os crimes praticados por particular contra a administração pública estrangeira*. *Revista Brasileira De Ciências Criminais, RBCCRIM*, v. 9, n° 89, p. 97, março 2011.

31 En ese sentido, véase STF, Tribunal Pleno, Acción Directa de Inconstitucionalidad – ADI 1480, poniente Ministro CELSO DE MELLO, sentencia de 4 de septiembre de 1997, publicada día 18 de mayo de 2001.

de la comisión de un delito. Parece, como indican algunos jueces de los Tribunales Supremos, que los Convenios de Naciones Unidas optan por asignar un significado muy amplio al concepto de productos, claramente dirigido a asumir el principio de ganancias brutas.

[...]

*En definitiva, el término productos a nivel internacional es lo suficientemente amplio para comprender las ganancias brutas.*³²

Así, la incorporación de la Convención de Mérida en el sistema normativo brasileño, refuerza la adopción del concepto de producto según la teoría del producto bruto.

Por lo tanto, en el contexto jurídico brasileño, sea por razones de justicia y legalidad, sea por los parámetros expresos en la nueva redacción de ley de lavado de activos, sea por la disposición de la ley de improbidad administrativa, sea por la propia definición asumida a partir de la ratificación y promulgación de la Convención de Mérida con status de ley ordinaria, la definición de producto sigue la teoría del producto bruto.

5 LOS CRITERIOS PARA LA RECUPERACIÓN INTEGRAL DE LOS EFECTOS PATRIMONIALES GENERADOS POR LOS ACTOS DE CORRUPCIÓN

Ante lo expuesto en el presente estudio, ahora es posible especificar los contornos para la recuperación integral de los efectos patrimoniales generados por los actos de corrupción. Para tanto, el intérprete debe basarse en criterios de justicia y equidad que aquí serán presentados a partir de tres factores: (i) el valor del producto del ilícito; (ii) el valor del daño o perjuicio material causado por el ilícito, y; (iii) el valor del daño moral o extra patrimonial causado por el mismo ilícito. Así, siguen los criterios para la fijación de esos tres indicadores.

5.1 LOS CRITERIOS PARA LA DETERMINACIÓN DEL VALOR DEL ENRIQUECIMIENTO O PRODUCTO DEL ILÍCITO

Por razones de legalidad y justicia, se debe partir de la teoría del producto bruto para la determinación del producto del ilícito. En

32 A ese respecto, véase BLANCO CORDERO, op. cit., 2013, p. 136. En el mismo sentido, véase BLANCO CORDERO, op. cit., 2011, p. 6.

ese sentido, en primer lugar, no se puede olvidar que el propio concepto y construcción del Estado de Derecho se funda en los principios de legalidad y la justicia, lo que por sí sólo impone la distinción entre la industria legal y la industria del crimen, entre los negocios que promueven los valores del Estado Democrático y aquellos que generan desigualdad e injusticia social — aunque, en un concepto muy restricto, genere renta para los involucrados directa o indirectamente en la práctica del ilícito, como son empleados de una organización criminal —. En segundo lugar, los contornos legislativos expresos en los convenios internacionales y en las leyes nacionales evidencian no sólo (i) un concepto amplio de producto, como también (ii) la necesidad de integral recomposición de los activos generados por el ilícito y (iii) una completa distinción entre los negocios lícitos y aquellos marcados por prácticas ilícitas — lo que impone que ambos sean efectivamente tratados de modo distinto —. Así, la teoría del producto bruto constituye el referencial para la determinación del producto del ilícito en el caso concreto.

Sin embargo, si de hecho la teoría del producto bruto es la única capaz de representar el Estado de Derecho y de viabilizar la justa mensuración de los activos que deben ser objeto de condena de los imputados en los casos de corrupción, no se puede olvidar que su aplicación sin cualquier criterio puede generar situaciones injustas. En otras palabras, la teoría del producto bruto es el punto de partida indispensable para la definición justa del producto, pero no es la propia representación final del resultado del producto justo.

De ese modo, al *principio*, son productos del ilícito *todas las riquezas relacionadas o manejadas directa o indirectamente a partir de la práctica del ilícito*. A partir de esa premisa, con base en los precedentes de la doctrina de la Corte Suprema de Italia y en la definición de producto conforme la naturaleza del negocio presentada en Estados Unidos por la *Civil Asset Fofreiture Act – CAFRA*, se debe distinguir entre el *negocio ilícito* y el *negocio lícito realizado de modo ilícito*. Así:

- a) *Si el propio negocio es ilícito*, como lo son el juego ilegal, el tráfico de armas y el tráfico de drogas, se aplica la regla del producto bruto sin cualquier posibilidad de descuento, se esté delante (i) de un gasto ilícito — como el valor gastado para la compra de la droga —; o mismo (ii) de un gasto lícito instrumental o útil para la comisión del ilícito — como los gastos de viaje para la venta de la droga o los gastos con el alquiler para la instalación y funcionamiento de la oficina de la organización criminal —.

b) *Si el negocio es lícito, pero realizado de modo ilícito* en su proceso de formación o ejecución, como suelen ser los casos de corrupción, se aplica la regla del producto bruto, pero, *en la medida de la utilidad* experimentada por la víctima del ilícito — en este caso, el Estado —, o sea, el acusado podrá postular al descuento de los costes *lícitos, directos — direct costs — y razonables* por él comprobadamente realizados en la ejecución del contrato. De ese modo, a título de ejemplo, (i) no se podrá descontar el valor del soborno pagado, por ser ilícito; (ii) no se podrán descontar los gastos con la cena realizada para efectuar el pago de soborno, porque, a pesar de ser un gasto lícito, es ilícita su imputación por ser instrumental para el ilícito, además de indirecto en relación al objeto del contrato e irrazonable; pero (iii) se podrá descontar del valor total del contrato los gastos lícitos y razonables efectuados para la ejecución de la obra que ha sido objeto del negocio obtenido por medio del pago del soborno, como costes con funcionarios, adquisición de material para la realización de la obra y pago de impuestos.

Por lo tanto, en el caso de un contrato administrativo marcado por una práctica corrupta o ímproba, el pleito del Estado debe considerar el producto bruto, o sea, el valor total del contrato, pero debe al mismo tiempo admitir la deducción de los costes lícitos, directos y razonables demostrados por la parte acusada durante la instrucción del proceso.

5.2 LOS CRITERIOS PARA LA DETERMINACIÓN DEL DAÑO MATERIAL CAUSADO POR EL ILÍCITO

Conforme ya registrado en este estudio, el daño material causado por la práctica ilícita puede o no coexistir y hasta confundirse con el producto. En tales hipótesis, se debe considerar que el daño debe estar directamente relacionado al hecho ilícito, bien como, si hubiera confusión entre el daño y el producto — beneficio o enriquecimiento —, no podrá haber *bis in idem* y se deberá aplicar la regla de subsidiariedad del producto en relación al daño, privilegiándose el pago del daño a la víctima — que en los ilícitos de corrupción es representada por el propio Estado. Así, se evita el enriquecimiento injustificado del Estado y se permite la restauración integral de las consecuencias patrimoniales causadas por el ilícito.

5.3 LOS CRITERIOS PARA LA DETERMINACIÓN DEL DAÑO MORAL CAUSADO POR EL ILÍCITO

De otra parte, el ilícito también puede generar daños de naturaleza extra patrimonial o moral. Así, la cuestión que se plantea

en ese momento es al respecto de los criterios para la fijación del valor de los daños morales causados por el acto corrupto.

Con el propósito de esclarecer la cuestión, pienso que la cuantificación del daño debe considerar tanto (i) aspectos relacionados al *agente*, como (ii) las características y consecuencias del *acto*. Al respecto (i) del *agente*, el juez debe evaluar [a] la relevancia y grado de responsabilidad del cargo ocupado, [b] el nivel de participación del agente en la realización del ilícito, [c] su capacidad económica y [d] su nivel de interés o beneficio perseguido u obtenido a partir de la realización del acto. En relación a (ii) las características y consecuencias del *acto*, deben ser evaluadas [a] la gravedad de la conducta, [b] su grado de lesividad, [c] el nivel de repercusión social generado, bien como [d] el nivel de desgaste y descrédito institucional causado por el ilícito. A partir de esos parámetros, debe el juez aplicar regla de proporcionalidad en función de cada agente, para que la cuantificación del daño no sea ni irrisoria o insignificante — como no es la conducta ímproba —, ni excesiva, pero justa e integral.

6 CONSIDERACIONES FINALES

Por lo tanto, en definitiva, el montante a ser restituido al Estado en función del acto corrupto o ímprobo debe representar la exacta reconstitución de las consecuencias patrimoniales y extra patrimoniales causadas por el ilícito según parámetros de justicia y equidad. Para tanto, es indispensable que la cuantificación del montante a ser resarcido considere (i) el producto bruto del ilícito, pero, tratándose de ilícito en el negocio y *en la medida de la utilidad* experimentada por el Estado, admitiéndose al acusado postular el descuento de los costes *lícitos, directos, y razonables* por él comprobadamente realizados en la ejecución del objeto del contrato; (ii) la reparación de los daños materiales causados sin incidencia de *bis in idem*, y; (iii) la reparación de los daños extra patrimoniales o morales según parámetros de proporcionalidad en función de las características del agente y del acto. Así, se garantiza la justa reparación sin enriquecimiento ilícito de uno u otro lado, bien como sin que el daño y riesgo de la conducta sea soportado por la propia sociedad, ya victimizada por el ilícito.

BIBLIOGRAFÍA

AGUADO CORREA, T. *El comiso*. Madrid: EDERSA, 2000, p. 11.

BLANCO CORDERO, Isidoro. El comiso de ganancias: ¿brutas o netas? *Diario La Ley*, ISSN 1989-6913, n° 7569, p. 1-9, 2011.

_____. El decomiso de las ganancias de la corrupción. *Revista Eletrônica de Direito Penal*, v. 1, n° 1, 2013. Disponible em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redpenal/article/view/7146>>.

CÁMARA ALVAREZ, Manuel de la; DÍEZ-PICAZO, Luis. *Dos estudios sobre el enriquecimiento sin causa*. España, Madrid: Editorial Civitas, 1988.

CAMARGO, Beatriz Corrêa. Instrumentos internacionais no combate à corrupção. transformações e harmonização do direito penal brasileiro: Considerações sobre os crimes praticados por particular contra a administração pública estrangeira. *Revista Brasileira De Ciências Criminais, RBCCrim*, v. 9, n° 89, p. 97, marzo 2011.

DE CARVALHO, Daniela Marques. À Procura de una teoria de causalidade aplicável à responsabilidade civil ambiental. *Revista De Direito Ambiental*, n.62. p. 11, abr. 2011.

DICKERSON, Brian; BASKO, Klodiana. Confusion in defining ‘proceeds’ under the money-laundering statute: A survey of circuit opinions. *The Federal Lawyer*, n° 57, p. 23-27 y 51, jun. 2010.

EVAN, Ennis. Uncertain precedent: United states v. santos and the possibility of a legislative remedy. *Cornell Law Review*, v. 95, p. 191-219, nov. 2009.

FROTA, José Eduardo da Rocha. Ação de enriquecimento sem causa. *Revista De Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 36, p. 43-78, out./dez. 1984.

KROETZ, Maria Candida do Amaral. *Enriquecimento sem causa no direito civil brasileiro contemporâneo e recomposição patrimonial*. 2005. Disponible en: <http://www.ucc.ie/law/restitution/archive/brazil/Enriquecimento_sem_causa.pdf>.

MARGOLIS, Daniel; LEFEVER, Anne. What ‘proceeds’?. *The New York Law Journal*, octubre, 12, 2009. Disponible en: <<http://www.pillsburylaw.com/siteFiles/Publications/97DDE252104B51E38A5EA9B0EE703C84.pdf>>.

MONGILLO, Vincenzo. La confisca del profitto nei confronti dell'ente in cerca di identità: Luci ed ombre della recente pronuncia delle sezioni unite. *Rivista Italiana Di Diritto e Procedura Penale*, p. 1764-1765, out./dez. 2008.

MURPHY, M. Maureen. *United states v. santos*: 'proceeds' in federal criminal money laundering statute, 18 USC section 1956, means 'profits', not 'gross receipts'. 2008. Disponible en: <https://digital.library.unt.edu/ark:/67531/metacrs10756/m1/1/high_res_d/RS22896_2008Jun13.pdf>.

ZAVASCKI, Teori Albino. Cooperação jurídica internacional e a Concessão do Exequatur. *Revista de Processo*, v. 35, n. 183, p. 15, maio 2010.

RECEBIDO EM: 23/05/2016

APROVADO EM: 19/09/2016

UM NOVO CENTRO DE SOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS EM INVESTIMENTOS PARA A AMÉRICA DO SUL: BALANCEANDO INTERESSES PÚBLICOS E PRIVADOS

***A NEW CENTRE OF SETTLEMENT OF DISPUTES IN INVESTMENTS
FOR SOUTH AMERICA: BALANCING PUBLIC AND PRIVATE
INTERESTS***

Ana Rachel Freitas da Silva

Doutoranda em Direito pelo Centro Universitário de Brasília (UniCeub).

*Visiting Scholar na American University Washington College of Law. Mestre em
Direito das Relações Internacionais pelo UniCeub.*

SUMÁRIO: Introdução; 1 A experiência latino americana: breve histórico; 2 Algumas discussões no âmbito da UNASUL; 3 Limitações de uma reforma processual. 4 Conclusão; Referências.

RESUMO: Vários países da América do Sul demonstram insatisfação com os atuais sistemas de solução de controvérsias de investimentos, em especial, o ICSID. Limitações para a defesa de interesses públicos, inconsistência das decisões, interpretações extensivas das proteções e altos custos colocam em cheque o equilíbrio entre Estados e investidores. Tais críticas estão na base dos esforços dos países da UNASUL para criar um novo centro de solução de controvérsias de investimentos. O presente artigo tem o objetivo de informar e discutir algumas propostas gerais em negociação na UNASUL, sob a perspectiva do equilíbrio entre interesses de Estados e investidores. As propostas incluem ampliação da jurisdição para controvérsias entre Estados, mecanismos de prevenção de controvérsias e a possibilidade de apelação. O texto discute como tais propostas podem representar uma resposta aos problemas dos modelos atuais, com a limitação de que se tratam de reformas processuais. Concluimos que as mudanças podem ser úteis, contudo, o balanceamento dos interesses públicos e privados passa por uma reforma dos tratados vigentes e um debate conceitual sobre a inserção do chamado Direito Internacional dos Investimentos no Direito Internacional Público.

PALAVRAS-CHAVE: Investimento. Controvérsia. Arbitragem. UNASUL. CIRDI.

ABSTRACT: Several countries in South America are dissatisfied with the actual investment dispute settlement institutions, specially, ICSID. Limitations in defending public interests, decision's inconsistency, restricted interpretations on the protections and high costs raise doubt about the balance between States and investors. This criticism is the base of the USAN Members' efforts to create a new Centre of Settlement for Disputes in Investments. This article aims to inform and discuss some propositions that are being negotiated in USAN, considering the balance between the States and investors interests. These propositions include the admission of controversies between the States, prevention of disputes and appellation. The text discuss how these propositions can be an answer for the model's imbalance, considering the limitations of proceeding's changes. We conclude that these changes can be useful. However, the reestablishment of the balance between public's and private's interests demands a reform on the treats model and a conceptual debate about the insertion of International Investment Law in International Law.

KEYWORDS: Investment. Dispute. Arbitration. USAN. ICSID.

INTRODUÇÃO

Em 24 de novembro de 2010, o Conselho de Chefes de Estado e de Governo da União das Nações Sul Americanas (UNASUL) determinou a criação de um grupo de trabalho para elaborar o Acordo Constitutivo do Centro de Solução de Controvérsias em Matéria de Investimentos da UNASUL (Centro ou Tribunal da UNASUL). Muitos países em desenvolvimento têm se queixado dos sistemas atuais de solução de controvérsias, em especial, o do Centro Internacional para a Resolução de Diferendos Relativos a Investimentos entre Estados e Nacionais de outros Estados (CIRDI ou ICSID, em inglês), por desconsiderar o interesse público. São ainda mencionadas a falta de transparência, de uniformidade e previsibilidade das decisões, a desconsideração de questões importantes como meio ambiente e saúde pública, os altos custos da defesa suportada pelos Estados, agravadas pelo fato de não serem admitidos como demandantes, falta de credibilidade quanto aos mecanismos de *enforcement* das decisões, entre outros¹.

Vários países da América do Sul já demonstraram sua insatisfação e desconfiança em relação às decisões de tribunais arbitrais constituídos no âmbito do ICSID. De fato, essa postura questionadora frente ao capital estrangeiro não é nova para os países latino americanos. Discursos em favor da soberania sobre os recursos naturais, doutrina Calvo, oposição à criação do ICSID são evidências do dilema: como manter a atratividade para os investimentos estrangeiros e prover espaços para decisões políticas que assegurem a defesa dos recursos nacionais.

Contudo, após decisões adjudicando indenizações milionárias a investidores estrangeiros, a resistência parece ter se agravado. Bolívia, Venezuela e Equador denunciaram a Convenção do ICSID e não mais pertencem à instituição. A rejeição do ICSID, entretanto, não significou a derrogação dos benefícios aos investidores. Na impossibilidade de utilizar o ICSID, era preciso apresentar alternativas aos investidores. Nesse contexto foi proposta a criação de um Tribunal da UNASUL, que ambiciona converter-se em um novo paradigma para as controvérsias de investimentos.

As negociações não foram concluídas, porém, o interesse em regular a balança parece ser a tônica do grupo. Considerando a desproporção na distribuição de direitos e obrigações de Estados e investidores presente

1 Cf. GOMEZ, K. F. *Latin America and ICSID: David versus Goliath?* Research Paper, University of Zaragoza, Zaragoza, 2010. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1708325>>. Acesso em: 29 jun. 2015.

nos tratados, as propostas para a arbitragem no âmbito da UNASUL buscam restabelecer o equilíbrio em favor dos Estados, pelo menos do ponto de vista processual.

O conhecimento e a inserção do Brasil nesse debate são essenciais para o sucesso da iniciativa. O país representa a maior economia do grupo, recebendo e realizando um volume considerável de investimentos. Os recentes Acordos de Cooperação e Facilitação de Investimentos brasileiros incluem a arbitragem entre Estados como mecanismo de solução de controvérsias. O Tribunal da UNASUL poderá ser uma opção para essas arbitragens.

O presente artigo busca discutir a iniciativa sul-americana de criar um centro de solução de controvérsias em contraposição ao ICSID. Inicialmente, traçaremos um breve panorama do debate histórico sobre o tratamento a ser oferecido aos investidores estrangeiros por países em desenvolvimento. Num segundo momento, indicaremos alguns problemas enfrentados pelo modelo atual e possíveis alternativas apresentadas nas negociações da UNASUL. No último tópico, discutiremos os desafios a serem enfrentados pelo novo Centro, diante das inovações pretendidas. Concluímos que o equilíbrio entre interesse públicos e privados demanda não apenas uma reforma processual. Além da renegociação dos direitos substantivos previstos nos acordos vigentes, uma mudança no paradigma da arbitragem internacional de investimentos passa pela reconciliação com o Direito Internacional Público.

1 A EXPERIÊNCIA LATINO-AMERICANA: BREVE HISTÓRICO

Os países latino-americanos, historicamente, têm oscilado entre uma atitude tolerante em relação aos anseios dos investidores por maior proteção e um discurso protecionista de limitação da participação estrangeira na economia nacional. Se, por um lado, reputavam importante assegurar o ingresso de capitais estrangeiros, oferecendo, para isso, maiores proteções aos investidores, por outro lado, tentavam assegurar certo controle sobre recursos e áreas consideradas estratégicas. A resistência à adoção de standards internacionais de proteção aos investimentos estrangeiros foi sintetizada nos trabalhos do Ministro de Relações Internacionais da Argentina Carlos Calvo, para quem “estrangeiros que se estabeleceram em um país detém os mesmos direitos de proteção dos nacionais, mas não podem pleitear medidas de maior proteção”².

² No original “aliens who established themselves in a country are certainly entitled to the same rights of protection as nationals, but they cannot claim any greater measure of protection”. (Cf. SORNARAJAH, M. *The International Law on Foreign Investment*. 3. ed. Nova York: Cambridge University Press, 2010. p.21.

A aproximação dos países em desenvolvimento no pós II Guerra Mundial fez ecoar a insatisfação destes com seu papel num cenário de bipolaridade. Tais países ansiavam tomar as rédeas para garantir seu próprio desenvolvimento econômico, proclamando uma Nova Ordem Econômica Internacional³. Tal postura teve repercussões no tratamento do capital estrangeiro, com afirmação da soberania permanente sobre os recursos naturais⁴. Países latino americanos, cientes de que seus recursos naturais despertavam o interesse estrangeiro, não estavam dispostos a oferecer garantias adicionais aos investidores.

Em meio a essas discussões, foi gestado, negociado e criado o ICSID. Trata-se de organização internacional com objetivo de proporcionar os meios de conciliação e arbitragem para controvérsias relacionadas a investimentos entre Estados e nacionais de Estados partes da Convenção, conforme disposto no art. 1º da Convenção de Washington⁵. O processo de criação foi controvertido, acusado de antidemocrático⁶. Os países latino americanos demonstraram, em vários momentos, sua insatisfação. Um dos momentos marcantes ficou conhecido como “o não de Tóquio”, em que os países votaram em bloco contrariamente à Resolução nº 214, que autorizava a continuação dos trabalhos de negociação do ICSID pelos Diretores Executivos do Banco Mundial⁷.

3 A Nova Ordem Econômica Internacional foi inaugurada com as Resoluções adotadas pela Assembleia Geral da ONU na VI Sessão Especial em 1974, englobando a “Declaração sobre o Estabelecimento de Nova Ordem Econômica Internacional” e o “Programa de Ação sobre o Estabelecimento de Nova Ordem Econômica Internacional”. Disponível em: <<http://research.un.org/es/docs/ga/quick/special>>.

4 CANÇADO TRINDADE, A. A. As Nações Unidas e a Nova Ordem Econômica Internacional (com atenção especial aos Estados latino-americanos). *Revista de Informação Legislativa* v. 21, n. 81, p. 213-232, jan./mar. 1984. Suplemento, 01/1984. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/186371/000406294.pdf?sequence=4>>. Acesso em: 06 de julho de 2015.

5 CONVENTION on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States. Washington, 1965. Disponível em: <https://icsid.worldbank.org/ICSID/StaticFiles/basicdoc/CRR_English-final.pdf>. Acesso em: 06 de agosto de 2015.

6 O projeto preliminar da Convenção foi preparado por Diretores Executivos do Banco Mundial com consultas a especialistas dos Estados membros. A Resolução nº 214, de 10 de setembro de 1964, aprovou o Relatório dos Diretores Executivos e solicitou a estes a elaboração de uma Convenção. A adoção de textos não consensuais levou em consideração o número de votos atribuídos a cada país, proporcional à participação no capital do Banco. (RAMINA, L. Entre democracia e diretório nas relações internacionais: a Criação do Centro Internacional para a Resolução de Diferendos Relativos a Investimentos entre Estados e Nacionais de outros Estados – CIRDI a Oposição dos Estados Latino-Americanos e o Princípio do Esgotamento dos Recursos Internos. *Revista Jurídica do Centro Universitário de Curitiba*, v. 4, n. 37 (2014), p. 285-312. Disponível em: <<http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/view/418/323>>. Acesso em: 06 de julho de 2015.)

7 Cf. RAMINA, L. Entre democracia e direito nas relações internacionais: a Criação do Centro Internacional para a Resolução de Diferendos Relativos a Investimentos entre Estados e Nacionais de

Contudo, após essa rejeição inicial, nos anos 80 assistimos uma mudança no posicionamento dos países da região. A aparente coesão do bloco e seu discurso protecionista deram lugar a uma postura mais competitiva pelos capitais estrangeiros. Nas décadas de 80 e 90 foram assinados cerca de 260 Acordos de Promoção e Proteção de Investimentos (APPIs) pelos países sul-americanos⁸. Além disso, dos 12 países membros da UNASUL, 10 se tornaram membros do ICSID⁹. O poder dos APPIs de atrair capital estrangeiro passou a ser o discurso dominante. Os países latino-americanos se esforçavam para demonstrar seu compromisso com o capital estrangeiro - *credible commitment toward foreign investment*.¹⁰

As conseqüências dessa corrida para firmar APPIs só foram sentidas após alguns anos, quando os países em desenvolvimento começaram a enfrentar dezenas de processos no ICSID. Publicação com as estatísticas oficiais daquela instituição, edição de 2015, consignou que a América do Sul ocupa o primeiro lugar entre os demandados, respondendo a 26% dos casos registrados sob a Convenção do ICSID e o Mecanismo Adicional¹¹. Nesses números, Argentina e Venezuela são os países que enfrentaram mais demandas, com 51 e 39 casos respectivamente¹². De acordo com dados da Conferência das Nações Unidas para o Comércio e Desenvolvimento (UNCTAD), aproximadamente três quartos de todas as demandas de investimentos conhecidas até o ano de 2013 foram contra países em

outros Estados – CIRD, a Oposição dos Estados Latino-Americanos e o Princípio do Esgotamento dos Recursos Internos. *Revista Jurídica do Centro Universitário de Curitiba*, v. 4, n. 37, p. 285-312. 2014. Disponível em: <<http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/view/418/323>>. Acesso em: 06 jul. 2015.

8 Dados disponíveis no site da UNCTAD: <<http://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA/IiasByCountry#iiaInnerMenu>>.

9 Disponível em: <<https://icsid.worldbank.org/apps/ICSIDWEB/about/Pages/Database-of-Member-States.aspx?tab=AtoE&rdo=BOTH>>.

10 O papel dos Acordos de Investimentos na atração de investimentos estrangeiros é controverso. Publicação da UNCTAD, de 2009, faz um apanhado dos estudos econométricos mais importantes realizados até aquela data sobre o assunto. As conclusões são contraditórias, ora indicando uma contribuição positiva, ora reconhecendo a impossibilidade de fazer essa relação entre as duas variáveis. Em suma, após apresentar os resultados desses estudos, o documento elaborado pela UNCTAD elenca os Acordos Internacionais de Investimentos entre os elementos que influenciam as decisões sobre onde investir, indicando que outras variáveis podem ser, inclusive, mais importantes nesse processo. (Cf. UNCTAD. *The role of International Investment Agreements in Attracting Foreign Direct Investment to Developing Countries*. New York and Geneva, 2009. Disponível em: <http://unctad.org/en/docs/diaeia20095_en.pdf>. Acesso em: 08 set. 2014).

11 ICSID, The Icsid Caseload – Statistics (Issue 2015-1). Available at: <[https://icsid.worldbank.org/apps/ICSIDWEB/resources/Documents/ICSID%20Web%20Stats%202015-1%20\(English\)%20\(2\)_Redacted.pdf](https://icsid.worldbank.org/apps/ICSIDWEB/resources/Documents/ICSID%20Web%20Stats%202015-1%20(English)%20(2)_Redacted.pdf)>.

12 *Ibidem*.

desenvolvimento. Em 85% dos casos, o autor da ação tinha nacionalidade de um país desenvolvido¹³.

As obrigações assumidas com os APPIs passaram a ser vistas como demasiado custosas para os Estados. Ganhavam espaço os questionamentos a respeito do custo-benefício destes acordos, tendo em vista o estreitamento do espaço de decisão estatal que essas obrigações impunham. Além disso, reacendiam as dúvidas quanto ao potencial dos APPIs para garantir a entrada e a permanência dos capitais internacionais¹⁴.

As relações entre a América do Sul e o ICSID ficaram ainda mais balançadas nos últimos anos. O Brasil, como maior economia da região, não ratificou a Convenção do ICSID, tampouco qualquer APPI previamente assinado, mantendo-se fora das arbitragens internacionais de investimentos. Bolívia, Equador e Venezuela denunciaram o tratado e a Argentina tem enfrentado dificuldades para cumprir as decisões arbitrais. Ademais, a experiência geral no ICSID resultaria numa dificuldade de conciliar os compromissos internacionais com uma recuperação do discurso nacionalista¹⁵.

As críticas ao ICSID incluem: falta de estrutura financeira e administrativa para responder ao número crescente de demandas, relação umbilical com o Banco Mundial com possibilidade de interferências deste último, altos custos na contratação de escritórios especializados, atenção inadequada dos árbitros para interesses não-comerciais como saúde e meio-ambiente, viés pró-investidor, decisões díspares de diferentes tribunais analisando casos semelhantes, não reconhecimento de situações econômicas excepcionais, impossibilidade de apelação, possibilidade de recurso apenas em casos excepcionais, problemas na execução e cumprimento dos laudos¹⁶.

13 UNCTAD. *Recent Developments in Investor-State Dispute Settlement (ISDS)*, nº 1, April 2014.

Disponível em: <http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/webdiaepcb2014d3_en.pdf>. Acesso em: 05 ago. 2015.

14 Professor Guzman realizou um estudo interessante sobre os motivadores para a corrida para assinatura dos APPIs pelos países em desenvolvimento. Sua análise sugere que a mudança de comportamento desses países se deve, principalmente, pelo acirramento da competição. Quando alguns assinaram os primeiros acordos, outros países em desenvolvimento, temerosos de perder investimentos estrangeiros, corriam para conceder condições iguais ou até mais favoráveis para investidores. GUZMAN, A. Why LDCs Sign Treaties that Hurt Them: Explaining the Popularity of Bilateral Investment Treaties. *Berkeley Law Scholarship Repository*, 1998. Disponível em: <<http://scholarship.law.berkeley.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1903&context=facpubs>>. Acesso em: 05 set. 2014.

15 Cf. GOMEZ, K. F. *Latin America and ICSID: David versus Goliath?* Research Paper, University of Zaragoza, Zaragoza, 2010. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1708325>>. Acesso em: 29 jun. 2015.

16 *Ibidem*.

As reclamações de alguns países com relação às decisões arbitrais condenatórias, somadas às críticas enumeradas acima, fomentaram a busca por alternativas. Uma instituição arbitral que pudesse ser desenhada por países em desenvolvimento se apresentou uma opção atraente. Os Estados esperavam que seus interesses pudessem ter maior peso na balança do Tribunal da UNASUL.

2 ALGUMAS DISCUSSÕES NO ÂMBITO DA UNASUL

Por ocasião da 39ª Sessão da Assembleia Geral da Organização dos Estados Americanos (OEA), em maio de 2008, Equador ofereceu uma proposta para criação de um centro de mediação e arbitragem para disputas internacionais de investimentos. Em novembro de 2010, o Conselho de Chefes de Estado e de Governo da União de Nações Sulamericanas (UNASUL) emitiu declaração instituindo um Grupo de Trabalho, do qual participariam especialistas indicados pelos Estados membros, com vistas a tratar da constituição do Centro de Solução de Controvérsias em matéria de investimentos, Centro de Assessoria Legal em matéria de investimentos e um Código Conduta para os membros dos Tribunais Arbitrais¹⁷.

As negociações estão em andamento e boa parte do texto foi acordado. Contudo, a ausência de reuniões no ano de 2015 e as mudanças nos governos dos países membros podem alterar o curso das negociações. A proposta inicial de um Centro de Assessoria Legal foi abandonada, remanescendo a ideia de um centro especializado em solução de controvérsias de investimentos. As reuniões de 2014 ocorreram na cidade de Quito, sob a presidência *pro tempore* do Equador.

Os países da região, com exceção de Brasil e Suriname, possuem experiência no contencioso de investimentos. O modelo ICSID tem sido utilizado como parâmetro para discussão do novo Centro, contudo, parece haver consenso de que o modelo regional não deve reproduzir *ipsis literis* as disposições da Convenção de Washington. Ao contrário, os países sul-americanos buscam construir alternativas que possam resolver, ou pelo menos minimizar os problemas do ICSID.

O pilar principal dessa nova concepção se encontra, sem dúvida, na necessidade de balancear interesses de investidores e dos Estados,

17 UNASUR. *Declaración del Consejo de Jefas e Jefes de Estado y de Gobierno de La Unión de Naciones Suramericanas de 26 de noviembre de 2010*. Disponível em: <<http://docs.unasursg.org/alfresco/d/d/workspace/SpacesStore/6f61367a-84b0-4b2e-9ced-fa7a1d85d717/UNASUR-CO-JEG-DEC-10-0006.pdf>>. Acesso em: 20 maio 2014.

resguardando, para estes últimos, maior espaço para adoção de políticas públicas. Esse último argumento, inclusive, tem orientado a confecção dos recentes Acordos de Cooperação e Facilitação de Investimentos (ACFI) negociados pelo Brasil¹⁸.

Uma das questões iniciais colocadas pelos negociadores da UNASUL refere-se à abrangência que se pretende dar ao Centro. A definição das pretensões jurisdicionais pode determinar se este atenderá apenas aos membros da UNASUL ou se receberá demandas de países não membros do bloco. A abertura para participação de terceiros países pode fortalecer o Centro como alternativa aos sistemas existentes, ampliando a quantidade de demandas que podem ser objeto de apreciação. Alguns países do bloco, como Brasil, Suriname, Venezuela, Bolívia e Equador não são membros do ICSID e poderão utilizar o Centro da UNASUL para resolver suas demandas com terceiros países. Por outro lado, devem ser considerados os custos envolvidos na criação e manutenção do Centro. Grandes projetos, em geral, envolvem grandes orçamentos. A abertura gradual pode ser uma alternativa para que o Centro possa ampliar suas competências à medida que se fortalece e ganha confiança internacional.

A abrangência da jurisdição envolve, ainda, a definição de que tipo de controvérsia pode ser apreciada. As controvérsias tradicionais, envolvendo investidores e Estados, parecem ser a escolha natural. Contudo, algumas novidades podem ser pleiteadas. Nos referimos às controvérsias entre Estados. Os novos modelos de ACFI negociados pelo Brasil, por exemplo, incluem a solução de controvérsias Estado-Estado¹⁹.

As controvérsias entre Estados envolvem, tradicionalmente, a interpretação e aplicação dos tratados. Contudo, existem outras hipóteses que podem ser contempladas no Centro da UNASUL. Casos de arbitragem Estado-Estado envolvem: 1) controvérsias sobre a correta interpretação de acordos de investimento; 2) proteção diplomática feita por Estados buscando compensação em lugar de seus investidores; e 3) requerimentos declaratórios

18 Até a presente data, o Brasil assinou seis Acordos de Cooperação e Facilitação de Investimentos. Em 30/03/2015 foi assinado o acordo com Moçambique, em 01/04/2015 foi assinado o acordo com Angola e em 26/05/2015 foi assinado o acordo com o México. O acordo com a Colômbia foi assinado em 09/10/2015 e com o Chile foi assinado em 24/11/2015. Disponível em: <<http://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA/CountryOtherIias/27#iiaInnerMenu>>.

19 O artigo 19.1 do Acordo de Cooperação e Facilitação de Investimentos assinado com o México em 26/05/2015 prevê que “qualquer das Partes poderá recorrer à arbitragem entre os Estados, uma vez que tenha sido esgotado o procedimento previsto no parágrafo 3 do Artigo 18, sem que o litígio tenha sido resolvido”.

sobre a violação ou não de um tratado²⁰. A arbitragem no ICSID se mostra muito restritiva, não admitindo controvérsias entre Estados²¹.

Além de não incluir a arbitragem entre Estados, as decisões arbitrais limitam a atuação dos Estados como autores ou reconvintes nas demandas²². A primeira dificuldade seria a necessidade de comprovar que o investidor consentiu com a arbitragem. Mesmo em caso de reconvenção, algumas decisões não consideram que seria suficiente o ingresso do investidor com a ação principal para caracterizar o consentimento.²³

Outro argumento contrário à reconvenção refere-se à base das alegações do Estado. Muitas questões trazidas pelos Estados para impedir ou mitigar o pagamento de indenização têm relação com as obrigações do investidor contidas nos contratos ou previstas na legislação nacional do Estado anfitrião e não poderiam ser examinadas pelos tribunais arbitrais²⁴.

O Tratado Constitutivo do Centro deve tratar da reconvenção. Ela possibilita que o árbitro tenha conhecimento de outros fatos relacionados ao pleito. Permite eficiência processual com o julgamento conjunto das demandas conexas, maior legitimidade para o sistema uma vez que Estados e investidores terão oportunidades iguais para apresentar suas demandas e fortalece o Estado de Direito (*rule of law*). Contudo, a menção expressa ao instituto processual não garante, por si só, o sucesso dos Estados enquanto demandantes. Os acordos de investimentos e sua interpretação pelos árbitros poderão restringir ou ampliar o conteúdo das demandas.

20 Cf. ROBERTS, A. State-to-State Investment Treaty Arbitration: A Hybrid Theory of Interdependent Rights and Shared Interpretive Authority. *Harvard International Law Journal*, v. 55, 2014. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2315078>. Acesso em: 11 maio 2015.

21 A Convenção de Washington em seu art. 25 (1) limita sua jurisdição a controvérsias entre Estados e nacionais de outros Estados, proibindo a proteção diplomática em seu art. 27.

22 Ao analisar as demandas do Estado reconvinte no caso Roussalis versus Romênia, o Tribunal entendeu que, por não conter obrigações para os investidores, o APPI não permitiria a reconvenção: "as mentioned above, the BIT imposes no obligations on investors, only on contracting States. Therefore, where the BIT does specify that the applicable law is the BIT itself, counterclaims fall outside the tribunal's jurisdiction" (ICSID. Spirydon Roussalis v. Romania. *ICSID Case N°ARB/06/1*. Award of December, 07 2011. Disponível em: <<http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0723.pdf>>. Acesso em: 24 nov. 2015).

23 Cf. BJORKLUND, Andrea K. The Role of Counterclaims in Rebalancing Investment Law. *Lewis & Clark Law Review*, v. 17:2, 2012. Disponível em: <<http://law.lclark.edu/live/files/12556-2012-fall-forumbjorklund-paper>>. Acesso em: 10 jul. 2015.

24 *Ibidem*.

Outro tema que tem sido discutido pelo GT formado na UNASUL é a utilização de meios alternativos à arbitragem na solução de conflitos em investimentos. Apesar da conciliação constar entre os mecanismos do ICSID, ela tem sido pouco utilizada e pouco efetiva. Dos oito casos, registrados na base do ICSID, submetidos à conciliação e concluídos, apenas dois casos resultaram em acordo entre as partes²⁵. O fortalecimento da conciliação e a busca por alternativas para a prevenção de controvérsias têm sido defendidos pelo Brasil nas reuniões.

Uma das propostas para a prevenção de controvérsias é a facilitação, um misto de mediação e assessoria técnica. A instituição de um local neutro, onde as partes podem conversar e contar com a ajuda de especialistas, pode reduzir o grau de litigiosidade. Além do viés conciliatório, a facilitação pode ajudar a delimitar os pontos controvertidos, auxiliando as partes na tomada de decisão a respeito da arbitragem. Impede ainda, que sejam instauradas arbitragens desgastantes e custosas. Outra possibilidade seria a obrigatoriedade de realizar consultas ou tentar a conciliação como condição de acesso à arbitragem.

Sobre esse tema, apenas a título de ilustração, citamos os institutos para prevenção de controvérsias presentes nos ACFIs brasileiros²⁶. Os acordos assinados pelo Brasil contém a figura de um ponto focal em cada país, responsável por receber as demandas de investidores da outra parte. Além disso, os acordos preveem a apresentação obrigatória da controvérsia a um Comitê Conjunto, formado por representantes das Partes, antes do início da arbitragem. Tais iniciativas são positivas para a prevenção e a solução de controvérsias. Se existe interesse dos envolvidos na continuidade dos investimentos, não faz sentido acirrar os ânimos em disputas judiciais.

As propostas para a constituição do Centro da UNASUL também incluem a preocupação com a neutralidade e a independência dos árbitros. Os negociadores estão cientes de que a confiança no Centro depende, em grande parte, dessas garantias. Para isso, é necessário que o Centro conte

25 Disponível no sítio eletrônico do ICSID <<https://icsid.worldbank.org/apps/icsidweb/cases/Pages/AdvancedSearch.aspx?cs=CD28&cte=CD19>>. Acesso em: 21 jul. 2015.

26 O ACFI firmado entre Brasil e México trata da prevenção de controvérsias em seu artigo 18, com a participação do Ponto Focal e do Comitê Conjunto. Segundo o artigo citado:

1. Os Pontos Focais ou "Ombudsmen" atuarão articuladamente entre si e com o Comitê Conjunto de forma a prevenir, gerir e resolver as controvérsias entre as Partes.
2. Antes de iniciar eventual procedimento arbitral, em conformidade com o Artigo 19 do presente Acordo, qualquer disputa entre as Partes deverá ser avaliada por meio de consultas e negociações entre as Partes e será previamente examinada pelo Comitê Conjunto.

com procedimentos eficientes que permitam o conhecimento a respeito de fatos que possam causar impedimento ou suspeição dos árbitros e a possibilidade de recusa desses árbitros.

O sistema ICSID permite que as partes indiquem fatos que impliquem em suspeição, mas não indica que situações seriam passíveis de questionamento, deixando aberto para que o próprio Tribunal decida (art. 57 da Convenção de Washington²⁷). A interpretação, dada pelo Tribunal, tem exigido que a parte que argui a suspeição comprove fatos que tornem óbvio ou altamente provável que o árbitro não possa agir com independência e imparcialidade no julgamento²⁸. O Caso *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A e Vivendi Universal S.A versus Argentina* ilustra a interpretação estrita em casos de conflito de interesse. No caso mencionado, um dos árbitros teria sido membro do Comitê de Diretores de um banco que possuía investimentos nas empresas reclamantes. O mesmo banco que remunerou o árbitro por ocasião de sua participação no Comitê seria terceiro interessado no sucesso da demanda das empresas autoras. O Tribunal arbitral não acatou os argumentos do reclamado que colocavam em dúvida a imparcialidade de um dos árbitros.²⁹

A qualificação dos árbitros e possíveis conflitos de interesse devem ser analisados com seriedade. Pesquisas sobre o perfil dos árbitros de investimentos revelam a existência de um grupo restrito, que serve alternadamente como árbitro e como consultor jurídico das partes envolvidas³⁰. O tratado que criar o Centro pode cuidar mais detalhadamente das hipóteses de recusa, sem que se exija comprovação exaustiva da parte que alega. É claro que alegações meramente protelatórias devem ser

27 Article 57. A party may propose to a Commission or Tribunal the disqualification of any of its members on account of any fact indicating a manifest lack of the qualities required by paragraph (1) of Article 14. A party to arbitration proceedings may, in addition, propose the disqualification of an arbitrator on the ground that he was ineligible for appointment to the Tribunal under Section 2 of Chapter IV.

28 Cf. FIEZZONI, S. K. The Challenge of UNASUR Member Countries to Replace ICSID Arbitration. *Beijing Law Review*, 2011, 2, 134-144. Disponível em: <www.scirp.org/journal/PaperDownload.aspx?paperID=7722>. Acesso em: 04 ago. 2015.

29 Cf. ICSID. *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. and Vivendi Universal S.A.S.A. versus The Argentine Republic, ARB/03/17, Decision on a Second Proposal for the Disqualification of a Member of the Arbitral Tribunal*, 2008. Disponível em: <<http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0812.pdf>>. Acesso em: 04 ago. 2008.

30 Cf. PAUWELYN, J. *WTO Panelists are from Mars, ICSID Arbitrator are from Venus: Why and Does It Matter?* April 2015. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2549050>. Acesso em: 10 jul. 2015.

desestimuladas, mas fortes indícios de conflito de interesse podem ser suficientes para a substituição dos árbitros.

Além de ampliar as hipóteses de recusa nos casos específicos, algumas propostas permitiriam a recusa de árbitros potenciais, que poderiam ser barrados das listas de árbitros da instituição. Tais sugestões devem ser examinadas com muita cautela porque tem impacto direto nos casos em que as partes não chegam a um consenso em relação à nomeação dos árbitros. Nesses casos, o presidente da instituição poderia ser chamado para indicar o terceiro árbitro dentro aqueles indicados na lista. Uma recusa de árbitros potenciais não se baseia no conflito de interesses no caso concreto. Ela pode ser usada para favorecer árbitros com viés pró Estado e com isso suscitar desconfianças dos investidores quanto à imparcialidade das decisões.

Outra preocupação dos negociadores do Centro da UNASUL é quanto à previsibilidade e uniformidade das decisões. Uma das maiores críticas ao sistema ICSID é a existência de decisões contraditórias sobre assuntos relacionados. Um dos exemplos icônicos é o caso argentino, em que se discutia a caracterização de estado de necessidade. Durante a crise financeira dos anos 2000, a mudança da política econômica, que previa a paridade do peso com o dólar, levou muitos investidores a buscar indenizações junto ao ICSID. Só para citar um exemplo, no caso *CMS v. Argentina*, o Tribunal entendeu que não prevaleceu o estado de necessidade porque apesar da crise ter sido severa, não foi o suficiente para caracterizar estado de necessidade³¹. Menos de um ano depois, contudo, outra arbitragem no ICSID julgou a demanda da *LG&E Energy Corp.* e entendeu que a situação argentina atingiu o nível de estado de necessidade, excluindo a responsabilidade do Estado³². Esse é apenas um exemplo da fragmentação do direito dos investimentos³³.

31 Cf. ICSID. *CMS Gas Transmission Company v. The Argentine Republic*, ARB/01//8, Award of May 2005, 44 ILM 1205, 2005. Disponível em: <<http://www.italaw.com/cases/documents/290>>. Acesso em: 15 jul. 2015.

32 Cf. ICSID. *LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp. and LG&E International Inc. v. Argentine Republic*, ICSID Case N° ARB/02/1, Decision on Liability of 3 October 2006, ILM 40, 2007. Disponível em: <<http://www.italaw.com/cases/documents/623>>. Acesso em: 15 jul. 2015.

33 Cf. REINISCH, August. *The Proliferation of International Dispute Settlement Mechanisms: The Threat of Fragmentation vs. the Promise of a More Effective System? Some Reflections from the Perspective of Investment Arbitration*. In: *International Law between Universalism and Fragmentation - Festschrift in Honour of Gerhard Hafner, J. Crawford/A. Pellet/I. Buffard/S. Wittich* (eds.), page(s): 107-125 2008.

A consistência das decisões pode ser materializada de duas formas: vertical e horizontal³⁴. Nenhuma dessas opções está disponível no ICSID. A consistência vertical parte da premissa de uma hierarquia, em que a interpretação é realizada por instâncias com diferentes graus de autoridade. As cortes com maior hierarquia podem reinterpretar assuntos decididos por outras instâncias. Essa consistência se realiza pelos níveis de recurso³⁵.

A consistência horizontal, por outro lado, não pressupõe níveis de decisão hierarquizados. Assegura que os direitos e obrigações permaneçam idênticos e universais no tempo, ainda que os casos sejam diferentes e as circunstâncias variem. Um julgamento se utilizará da mesma interpretação dada a um caso semelhante, já que as decisões estão vinculadas ao precedente³⁶.

Alternativas para resolver o problema de inconsistência e integridade das decisões têm sido discutidas no âmbito da UNASUL. O recurso de apelação parece ser uma possibilidade. Como o tratado ainda está em discussão, é possível inserir o recurso sem grandes problemas, diferentemente do que acontece atualmente com o ICSID³⁷.

A apelação no Centro de Solução de Controvérsias da UNASUL deve ser limitada a questões de direito, nos moldes do que ocorre com o Órgão de Apelação da Organização Mundial do Comércio. Entretanto, o assunto é objeto de discussões e parece não encontrar consenso entre os membros sobre o melhor modelo: julgamento por um corpo permanente ou por comissões *ad hoc*. Argumentos favoráveis à constituição de um corpo permanente apontam a consolidação da jurisprudência com reflexo na consistência e previsibilidade das decisões. Elencam ainda, a maior independência dos árbitros, que farão jus a um mandato e não estariam comprometidos com as partes que os elegeram para o caso.

34 Cf. GAL-OR, Noemi. The Concept of Appeal in International Dispute Settlement. *The European Journal of International Law*, v. 19, n. 1, 2008, p. 43-65. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2238795>. Acesso em: 24 jul. 2015.

35 *Ibidem*.

36 *Ibidem*.

37 A inclusão da apelação entre os recursos previstos no âmbito do ICSID foi objeto de discussão em 2004. Contudo, a maior dificuldade para inserir o recurso é a necessidade de alterar a Convenção de Washington, o que demandaria concordância de todos os signatários. Isso se daria porque o art. 53 (1) da Convenção do ICSID, estabelece que os laudos não estarão sujeitos a qualquer recurso, com exceção daqueles previstos na Convenção. Cf. ICSID. Possible improvements of the framework for ICSID Arbitration. *ICSID Secretariat. Discussion Paper. October 22, 2004*. Disponível em: <<https://icsid.worldbank.org/apps/ICSIDWEB/resources/Documents/Possible%20Improvements%20of%20the%20Framework%20of%20ICSID%20Arbitration.pdf>>. Acesso em: 13 jul. 2015.

Posições contrárias questionam esse último ponto: a independência e imparcialidade dos árbitros. Ressaltam que, por serem provavelmente escolhidos pelos Estados membros, não seria assegurada a isonomia entre Estados e investidores. Diferentemente do que ocorre nos tribunais arbitrais, os investidores não teriam a oportunidade de indicar um árbitro de sua confiança. Uma alternativa ao corpo permanente seria a constituição de comissões *ad hoc* para o julgamento das apelações. Contudo, essa alternativa pode não ser capaz de contribuir para a formação de uma jurisprudência no Centro, já que não existe a obrigatoriedade do precedente.

Opção intermediária poderia ser a atribuição de maior autoridade às decisões das Comissões Revisoras, tornando suas interpretações obrigatórias para os julgamentos de primeiro grau. Essa proposta constituiria um misto entre a consistência vertical e a consistência horizontal. Entretanto, seja com um Tribunal Permanente, seja com Comissões Revisoras *ad hoc*, a decisão de permitir um recurso deve ser ponderada com a diminuição da celeridade e o aumento do custo das demandas que podem resultar da ampliação de recursos.

3 LIMITAÇÕES DE UMA REFORMA PROCESSUAL

Os tradicionais APPIs, sob os quais se fundam as decisões arbitrais nas cortes de investimentos, contém obrigações para os Estados anfitriões, dispondo pouco ou praticamente nada a respeito das obrigações dos investidores interessados em gozar dos direitos oferecidos pelos tratados. O movimento de balanceamento de interesses dos Estados e investidores passa, necessariamente, por uma reforma desses acordos. Contudo, como estamos discutindo de que forma a criação de um novo tribunal de investimentos pode contribuir para restabelecer o equilíbrio, nos concentramos, no capítulo anterior, em regras procedimentais e na interpretação dos acordos pelos tribunais.

No entanto, a contribuição dessas novas regras procedimentais é pequena. Se forem muito restritivas, os investidores simplesmente não utilizarão o centro. A maioria dos acordos em vigor contém mais de uma opção de foro para o investidor. Como são os investidores os demandantes, certamente vão escolher aquele que os beneficia. Por esse motivo, os países devem estar atentos. O acordo constitutivo do Centro não é o local adequado para restringir as proteções conferidas nos APPIs, sob pena de inviabilizar o Centro antes mesmo de começar a funcionar.

O balanceamento dos interesses dos Estados e dos investidores vai exigir um rearranjo dos direitos e obrigações nos APPIs. Os acordos

tradicionais se assentam sobre a premissa de que os investidores tem sempre direito à proteção. Não lhes é exigida contrapartida. A contrapartida se daria na contribuição desses investimentos para o desenvolvimento do Estado anfitrião³⁸.

O documento publicado pela UNCTAD, intitulado *UNCTAD Investment Policy Framework*³⁹, ressalta a necessidade de integrar o objetivo de desenvolvimento nos APPIs e observar a relação entre os direitos e obrigações de Estados e investidores. Elenca a necessidade de avaliar a relação entre os compromissos assumidos nos tratados e o direito estatal de regular.

Os modelos tradicionais de APPIs, com cláusulas de proteção muito amplas, conceitos vagos e pouco espaço para atuação estatal, têm gerado polêmica até para os países desenvolvidos, tradicionais defensores dos APPIs. A Parceria Trans Pacífica (TPP), assinada em 4 de janeiro de 2016, apesar de contar com cláusulas que garantem maior espaço para regulação e limitar alguns conceitos problemáticos como tratamento justo e equitativo, é objeto de muitas críticas no Estados Unidos, em especial em relação à arbitragem investidor-Estado⁴⁰. A Parceria Transatlântica, que tem sido negociada entre Estados Unidos e União Europeia, também é vista com preocupação pelos europeus.⁴¹ Em razão das críticas feitas, as negociações foram suspensas e foi iniciada uma consulta pública comandada pela Comissão Europeia⁴². Dentre as questões apresentadas para a consulta, podemos destacar as questões 4 e 5, que esclarecem o objetivo da UE

38 Cf. MANN, H. The right of States to regulate and International Investment Law. Expert Meeting on Development of FDI: Policies to Enhance the Role of FDI in Support of the Competitiveness of the Enterprise Sector and the Economic Performance of Host Economies, Taking into Account the Trade/Investment Interface, in the *National and International Context*. Geneva, 6-8 Nov. 2002. Disponível em: <http://www.iisd.org/pdf/2003/investment_right_to_regulate.pdf>

39 UNCTAD. *Investment Policy Framework for Sustainable Development 2015*. Julho de 2015. Disponível em: <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Upload/Documents/INVESTMENT%20POLICY%20FRAMEWORK%202015%20WEB_VERSION.pdf>. Acesso em: 15 de dezembro de 2016.

40 Cf. JONHSON, L.; SACHS, L. e SACHS, J. Investment State Dispute Settlement, Public Interest and U.S. Domestic Law. In: *CSSI Policy Paper*. Columbia Center on Sustainable Development. May 20015. Disponível em: <<http://ccsi.columbia.edu/files/2015/05/Investor-State-Dispute-Settlement-Public-Interest-and-U.S.-Domestic-Law-FINAL-May-19-8.pdf>>

41 Cf. EBERHARDT, P. Investment Protection at Crossroads: the TTIP and the Future of International Investment Law. *Dialogue on Globalization*, Jul 2014. Disponível em: <<http://library.fes.de/pdf-files/iez/global/10875.pdf>>. Acesso em: 20 de julho de 2015.

42 Cf. EUROPEAN COMMISSION. Public consultation on modalities for investment protection and ISCS in *TTIP*. Disponível em: <http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2014/march/tradoc_152280.pdf>. Acesso em: 30 de agosto de 2015.

de prover guias para interpretação que evitem demandas contra medidas legítimas de interesse público.

Contudo, não basta prever o direito estatal de regular se esse direito for objeto da análise meritória por parte dos árbitros. Alguns casos, como os argentinos citados anteriormente e a emblemática disputa entre a americana *Metalclad* contra o México⁴³, ilustram essa revisão da política pública pelos árbitros. Apenas para exemplificar, nesse último caso, os árbitros entenderam que o município não poderia negar a permissão para a construção de um depósito para processamento de resíduos perigosos por questões ambientais, por serem estas últimas de competência federal. O Município somente poderia negar a licença por problemas físicos ou técnicos da obra.

Essa análise do mérito da decisão pública deve ser reservada aos Estados. A estes deve ser concedida “deferência” para que emitam juízo de valor dentro de suas atribuições de regular a atividade econômica e promover o bem-estar social⁴⁴. As autoridades governamentais estariam mais próximas das comunidades e teriam legitimidade democrática. Além disso, os Estados dispõem de equipes especializadas, aptas a avaliar as melhores opções para proteção do meio ambiente, patrimônio histórico-cultural, proteção da saúde entre outros. Essa “deferência”, entretanto, não deve funcionar como um “cheque em branco” para autorizar medidas discriminatórias ou que esvaziem o tratado.

Por fim, apesar de contar com seu próprio corpo de normas, incluindo cláusulas comuns a vários acordos, o Direito dos Investimentos, se é que podemos reconhecer sua existência⁴⁵, não pode ser considerado de forma apartada do sistema jurídico. A regulação atual foi forjada num contexto bilateral⁴⁶. Não existe um acordo multilateral de investimentos e muitos

43 Cf. ICSID Additional Facility. *Metalclad Corporation v. The United Mexican States*, ARB(AF)/97/1, Award of 30/08/2000, 40 ILM 36. Disponível em: <<http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0510.pdf>>. Acesso em: 15 de julho de 2015.

44 Cf. HENCKELS, C. *Balancing Investment Protection and the Public Interest: The Role of the Standard of Review and the Importance of Deference in Investor-State Arbitration*, *Journal of International Dispute Settlement*, 2013. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2192389>. Acesso em: 09 de julho de 2015.

45 LOWENFELD não apenas defende a existência de um Direito Internacional Consuetudinário dos Investimentos como discute a relação entre este último e os Tratados Bilaterais de Investimentos. (*International Economic Law*. 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 2008).

46 O aumento de acordos plurilaterais, a exemplo da Parceria Transpácífica e o próprio Acordo de Livre Comércio da América do Norte pode alterar a característica bilateral dos acordos. Contudo, considerando

países não possuem acordos bilaterais. Uma porção de Estados não pode pretender impor a outros os resultados de suas negociações bilaterais e de demandas próprias.

O fato de contar com normas próprias não torna esse assunto fechado e incomunicável. Estados e nacionais destes Estados estão sujeitos ao conjunto de normas legais vigentes no território em que se encontram. Esse sistema, formado por normas domésticas e internacionais, deve ser tomado como um todo. O princípio da especialidade das normas não significa independência absoluta. As relações entre investidores estrangeiros e Estados anfitriões devem ser pautadas por princípios e regras, independente da fonte. Ainda que não estejam especificamente mencionadas nos APPIs, os investidores devem cumprir com a legislação do Estado e com as normas de Direito Internacional⁴⁷.

Esse reconhecimento da unidade do Direito tem o condão de atrair, para o julgamento de demandas de investimentos, pleitos relacionados diretamente com a questão, mas que não encontram previsão explícita nos APPIs. Essa abordagem permitirá, inclusive, a ampliação das possibilidades para reconvenção. Se um investidor demanda uma compensação sem ter cumprido com sua parte no avençado não faz jus às proteções. Não é razoável conceder indenizações milionárias a investidores que descumprem leis locais, disposições contratuais e normas internacionais, remetendo a apreciação destas questões às Cortes Nacionais. Ora, se a criação de cortes internacionais especializadas tem por objetivo oferecer prestação jurisdicional de melhor qualidade e independência, não há razão para que estas não apreciem questões conexas, desde que decorrentes diretamente dos investimentos.

Portanto, entendemos que o balanceamento de interesses públicos e privados no Direito Internacional dos Investimentos demanda não apenas a reforma de APPIs e dos tribunais existentes. Demanda uma mudança na forma com que esse ramo especializado pensa o Direito. O Centro da UNASUL pode significar um avanço, incluindo normas que visem responder às críticas endereçadas à arbitragem no ICSID. Contudo, esse avanço passa pelo aprofundamento da reflexão sobre o que é e para que foi criada a arbitragem de investimentos. Propiciar acesso a um fórum neutro, independente e especializado para investidores estrangeiros não significa restringir os legítimos direitos dos Estados anfitriões.

que a maioria dos acordos sobre investimentos é bilateral e que as disputas se dão de forma bilateral (investidor de uma Parte contra outra Parte), consideramos adequado falar em contexto bilateral.

47 Cf. KRYVOI, Y. *Counterclaims in Investor-State Arbitration*. LSE Law, Society and Economy Working Papers 8/2011. Disponível em: <http://eprints.lse.ac.uk/38469/1/WPS2011-08_Kryvoi.pdf>. Acesso em: 30 jul. 2015.

4 CONCLUSÃO

A insatisfação de alguns países sul-americanos com as arbitragens no ICSID os levou a pensar em uma alternativa. A proposta de criação de um Centro de Solução de Controvérsias em Investimentos na UNASUL foi lançada em 2010 e segue em negociação. A dificuldade em concluir um texto é reflexo das diferenças de posicionamento dos países da região. A região inclui países liberais abertos ao capital estrangeiro e países que defendem uma postura intervencionista, que buscam controlar, de alguma forma, a exploração dos recursos naturais.

Algumas propostas podem ser úteis para equilibrar as posições das partes no processo. Contudo, a desigualdade na distribuição de direitos e obrigações é da essência dos APPIs. Acordos de Proteção de Promoção de Investimentos objetivam proteger os investimentos. Visam também promover. Entretanto, a promoção de investimentos não se limita à proteção. Os investidores não consideram apenas o fator proteção na escolha do país anfitrião. Os APPIs devem ser interpretados tendo em vista os legítimos interesses de Estados e investidores, não apenas de investidores.

Várias propostas podem ser benéficas para o sistema. Novidades são vistas, normalmente, de forma maniqueísta: ou são rechaçadas *a priori* ou são tomadas com excessivo entusiasmo. Sugerimos cautela. Muitas propostas, que pretendem resolver problemas apresentados pelo ICSID, podem não responder aos anseios. A prática irá confirmar ou descartar essas novas ideias. Por esse motivo, acreditamos que o tratado deve prever revisões periódicas, permitindo ajustar o texto de acordo com os resultados obtidos.

Mais do que acordar sobre as regras gerais do Centro, o grande desafio será implementar e iniciar as atividades. A nova organização deve primar pelo rigor técnico dos julgamentos, sob o risco de tornar-se um ICSID às avessas, repetindo a experiência que tanto criticam. O ponto de equilíbrio é sutil. A busca pelo balanceamento entre interesses públicos e privados não pode ser usada para justificar a intervenção dos Estados nos julgamentos.

Por pretender equilibrar a balança em direção aos interesses estatais, o Tribunal da UNASUL poderá não ser atrativo para os investidores⁴⁸. Novos

48 MORENO-PAREDES entende que os investidores só aceitariam utilizar outro Centro se fosse demonstrada sua superioridade em relação aos já existentes. Além disso, menciona que a utilização do Centro da UNASUL exigiria que os Estados emendassem seus APPIs para indicar essa instituição arbitral. Entendo que se as partes têm liberdade para determinar a utilização de arbitragem ad hoc

debates e a busca por restabelecer o equilíbrio será vista com muita desconfiança, a princípio. A confiança por parte dos investidores passa, indubitavelmente, pela garantia de independência e imparcialidade dos árbitros. Por isso, os países da região devem abster-se de utilizar sua influência política nos julgamentos. Esse distanciamento parece mais difícil, já que, inicialmente, o Centro contará com contribuições financeiras dos Estados membros da UNASUL. Contudo, à medida que cresça a demanda pelos serviços, esta dependência financeira tende a cessar, com o Centro tornando-se autossuficiente.

Por fim, a criação de um novo tribunal não logrará restabelecer o equilíbrio se a essência da arbitragem em investimentos não for repensada. Os APPIs não estão apartados do ordenamento jurídico. As relações entre investidores e Estados estão inseridas num arcabouço jurídico mais amplo, que contempla direitos e obrigações para ambas as partes. Não se trata de abandonar o estrangeiro em terra estranha. Trata-se de resgatar o sentido comutativo das relações entre Estados e investidores, dos benefícios que são auferidos por ambas as partes num ambiente favorável ao investimento estrangeiro.

REFERÊNCIAS

ACORDO de Cooperação e Facilitação de Investimentos entre a República Federativa do Brasil e os Estados Unidos Mexicanos. Cidade do México, 26 de maio de 2015. Disponível em: <<http://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA/country/27/treaty/3567>>.

CONVENTION on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States. Washington, 1965. Disponível em: <https://icsid.worldbank.org/ICSID/StaticFiles/basicdoc/CRR_English-final.pdf>. Acesso em: 06 ago. 2015.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. As Nações Unidas e a Nova Ordem Econômica Internacional (com atenção especial aos Estados latino-americanos). *Revista de Informação Legislativa* v. 21, n. 81, p. 213-232, jan./mar. 1984. Suplemento, 01/1984. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/186371/000406294.pdf?sequence=4>>. Acesso em: 06 jul. 2015.

ou institucional, elas podem acordar na utilização do Centro, ainda que não haja previsão no APPI. (El Arbitraje de Inversional en America del Sur: Propuesta de Creacion de um Centro Alternativo de Arbitraje de la Estructura Internacional de la Union de Nacionales Suramericanas. *University of Miami Inter-American Law Review*, 2010. Disponível em: <<http://repository.law.miami.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1006&context=umialr>>. Acesso em: 05 ago. 2015.

EBERHARDT, P. *Investment Protection at Crossroads: the TTIP and the Future of International Investment Law*. Dialogue on Globalization, Jul 2014. Disponível em: <<http://library.fes.de/pdf-files/iez/global/10875.pdf>>. Acesso em: 20 jul. 2015.

EUROPEAN COMMISSION. *Public consultation on modalities for investment protection and ISCS in TTIP*. Disponível em: <http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2014/march/tradoc_152280.pdf>. Acesso em: 30 ago. 2015.

FIEZZONI, S. K. The Challenge of UNASUR Member Countries to Replace ICSID Arbitration. *Beijing Law Review*, n. 2, p.134-144, 2011. Disponível em: <www.scirp.org/journal/PaperDownload.aspx?paperID=7722>. Acesso em: 04 ago. 2015.

GAL-OR, N. The Concept of Appeal in International Dispute Settlement. *The European Journal of International Law*, v. 19, n. 1, p. 43-65, 2008. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2238795>. Acesso em: 24 jul. 2015.

GOMEZ, K. F. *Latin America and ICSID: David versus Goliath?* Research Paper, University of Zaragoza, Zaragoza, 2010. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1708325>>. Acesso em: 29 jun. 2015.

GUZMAN, A. *Why LDCs Sign Treaties that Hurt Them: Explaining the Popularity of Bilateral Investment Treaties*. Berkeley Law Scholarship Repository, 1998. Disponível em: <<http://scholarship.law.berkeley.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1903&context=facpubs>>. Acesso em: 05 set. 2014.

HENCKELS, C. Balancing Investment Protection and the Public Interest: The Role of the Standard of Review and the Importance of Deference in Investor-State Arbitration, *Journal of International Dispute Settlement*, 2013. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2192389>. Acesso em: 09 jul. 2015.

ICSID, *The Icsid Caseload – Statistics (Issue 2015-1)*. Disponível em: <[https://icsid.worldbank.org/apps/ICSIDWEB/resources/Documents/ICSID%20Web%20Stats%202015-1%20\(English\)%20\(2\)_Redacted.pdf](https://icsid.worldbank.org/apps/ICSIDWEB/resources/Documents/ICSID%20Web%20Stats%202015-1%20(English)%20(2)_Redacted.pdf)>.

ICSID. *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. and Vivendi Universal S.A.S.A. versus The Argentine Republic*, ICSID Case N° ARB/03/17, Decision on a *Second Proposal for the Disqualification of a Member of the Arbitral Tribunal*, 2008. Disponível em: <<http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0812.pdf>>. Acesso em: 04 ago. 2008.

ICSID. *CMS Gas Transmission Company v. The Argentine Republic*, ICSID Case N° ARB/01/8, Award of May 2005, 44 ILM 1205, 2005. Disponível em: <<http://www.italaw.com/cases/documents/290>>. Acesso em: 15 jul. 2015.

ICSID. *LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp. and LG&E International Inc. v. Argentine Republic*, ICSID Case N° ARB/02/1, *Decision on Liability* of October, 3 2006, ILM 40, 2007. Disponível em: <http://www.italaw.com/cases/documents/623>. Acesso em: 15 jul. 2015.

ICSID Additional Facility. *Metalclad Corporation v. The United Mexican States*, ARB(AF)/97/1, Award of August, 30 2000. Disponível em: <<http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0510.pdf>>. Acesso em: 15 jul. 2015.

ICSID. *Possible improvements of the frame work for ICSID Arbitration*. ICSID Secretariat. Discussion Paper. October 22, 2004. Disponível em: <<https://icsid.worldbank.org/apps/ICSIDWEB/resources/Documents/Possible%20Improvements%20of%20the%20Framework%20of%20ICSID%20Arbitration.pdf>>. Acesso em: 13 jul. 2015.

ICSID. *Spirydon Roussalis v. Romania*. ICSID Case N°ARB/06/1. *Award*, of December, 2011. Disponível em: <<http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0723.pdf>>. Acesso em: 24 nov. 2015.

JONHSON, L.; SACHS, L.; SACHS, J. *Investment State Dispute Settlement, Public Interest and U.S. Domestic Law*. In: CCSI Policy Paper. Columbia Center on Sustainable Development. May 20015. Disponível em: <<http://ccsi.columbia.edu/files/2015/05/Investor-State-Dispute-Settlement-Public-Interest-and-U.S.-Domestic-Law-FINAL-May-19-8.pdf>>.

KRYVOI, Y. Counterclaims in Investor-State Arbitration. *LSE Law, Society and Economy Working Papers* 8/2011. Disponível em: <http://eprints.lse.ac.uk/38469/1/WPS2011-08_Kryvoi.pdf>. Acesso em: 30 jul. 2015.

LOWENFELD, A. *International Economic Law*. 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 2008.

MANN, H.. The right of States to regulate and International Investment Law. Expert Meeting on Development of FDI: Policies to Enhance the Role of FDI in Support of the Competitiveness of the Enterprise Sector and the Economic Performance of Host Economies, Taking into Account the Trade/Investment Interface, in the *National and International Context*. Genebra, 6-8 nov. 2002. Disponível em: <http://www.iisd.org/pdf/2003/investment_right_to_regulate.pdf>.

MORENO-PAREDES, E. A. *El Arbitraje de Invesional em America del Sur: Propuesta de Creacion de um Centro Alternativo de Arbitraje de la Estructura Internacional de la Union de Nacionais Suramericanas*. University of Miami Inter-American Law Review, 2010. Disponível em: <<http://repository.law.miami.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1006&context=umialr>>. Acesso em: 05 ago. 2015.

PAUWELYN, Joost. *WTO Panelists are from Mars, ICSID Arbitrator are from Venus: Why and Does It Matter?* April 2015. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2549050>. Acesso em: 10 jul. 2015.

RAMINA, L. Entre democracia e diretório nas relações internacionais: a Criação do Centro Internacional para a Resolução de Diferendos Relativos a Investimentos entre Estados e Nacionais de outros Estados – CIRDI, a Oposição dos Estados Latino-Americanos e o Princípio do Esgotamento dos Recursos Internos. *Revista Jurídica do Centro Universitário de Curitiba*, v. 4, n. 37, p. 285-312, 2014. Disponível em: <<http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/view/418/323>>. Acesso em: 06 jul. 2015.

REINISCH, A. The Proliferation of International Dispute Settlement Mechanisms: The Threat of Fragmentation vs. the Promise of a More Effective System? Some Reflections from the Perspective of Investment Arbitration. In: *International Law between Universalism and Fragmentation - Festschrift in Honour of Gerhard Hafner, J. Crawford/A. Pellet/I. Buffard/S. Wittich* (eds.), page(s): 107-125, 2008.

ROBERTS, A. State-to-State Investment Treaty Arbitration: A Hybrid Theory of Interdependent Rights and Shared Interpretive Authority. *Harvard International Law Journal*, v. 55, 2014. Disponível em: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2315078. Acesso em: 11 de maio de 2015.

SORNARAJAH, M. *The International Law on Foreign Investment*. 3. ed. Nova York: Cambridge University Press, 2010.

UNITED NATIONS. *Program of Action on the Establishment of a New International Economic Order*. Resolução da Assembléia Geral de 1 de maio de 1974. Disponível em: <<http://www.un-documents.net/s6r3202.htm>>.

UNASUR. *Declaración del Consejo de Jefas e Jefes de Estado y de Gobierno de La Unión de Naciones Suramericanas de 26 de noviembre de 2010*. Disponível em: <<http://docs.unasursg.org/alfresco/d/d/workspace/SpacesStore/6f61367a-84b0-4b2e-9ced-fa7a1d85d717/UNASUR-CO-JEG-DEC-10-0006.pdf>>. Acesso em: 20 maio 2014.

UNCTAD. *Brazil: Other investment Agreements*. Disponível em: <<http://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA/CountryOtherIias/27#iiaInnerMenu>>. Acesso em: 04 jan. 2016.

UNCTAD. *Investment Policy Framework for Sustainable Development 2015*. Julho de 2015. Disponível em: <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Upload/Documents/INVESTMENT%20POLICY%20FRAMEWORK%202015%20WEB_VERSION.pdf>. Acesso em: 15 dez. 2016.

UNCTAD. *Recent Developments in Investor-State Dispute Settlement (ISDS)*, nº 1, April 2014. Disponível em: <http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/webdiaepcb2014d3_en.pdf>. Acesso em: 05 ago. 2015.

UNCTAD. *The role of International Investment Agreements in Attracting Foreign Direct Investment to Developing Countries*. New York and Geneva, 2009. Disponível em: <http://unctad.org/en/docs/diaeia20095_en.pdf>. Acesso em: 08 set. 2014.

RECEBIDO EM: 28/09/2016

APROVADO EM: 19/09/2016

TERCEIRIZAÇÃO NO SERVIÇO PÚBLICO E A PRECARIZAÇÃO DOS DIREITOS TRABALHISTAS

*OUTSOURCING IN THE PUBLIC SERVICE AND THE
PRECARIZATION OF LABOR RIGHTS*

Andrea Dourado Costa

Mestranda em Direito Constitucional nas Relações Privadas pela Universidade de Fortaleza; Pós-graduada em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho pela Universidade de Fortaleza. Advogada e Professora Universitária

Ana Virgínia Moreira Gomes

Professora do Programa de Pós-Graduação em Direito Constitucional e do Curso de Direito da Universidade de Fortaleza. PLL.M na Faculdade de Direito da University of Toronto (2009), doutorado em Direito pela Universidade de São Paulo (2000) e Pós-Doutorado na School of Industrial and Labor Relations da Cornell University (2007)

SUMÁRIO: Introdução; 1 Breves considerações a respeito do instituto da terceirização; 2 A terceirização no serviço público; 2.1 Aspectos normativos da terceirização no serviço público; 2.2

Evolução jurisprudencial no âmbito do TST; 2.3 A precarização dos direitos trabalhistas de trabalhadores terceirizados no serviço público; 3 A necessidade de respeito ao princípio da não-discriminação e as Normas Internacionais do Trabalho; 4 Conclusão; Referências.

RESUMO: O estudo tem como objetivo discutir o uso da terceirização pela Administração Pública no Brasil, tendo como paradigma normas nacionais e internacionais de proteção ao trabalho. A pesquisa examina a prática da terceirização, apresentando sua definição, objetivos, forma de aplicação, aspectos normativos, especialmente àqueles mais relevantes no setor público, bem como analisa jurisprudência referente à terceirização nos setores privado e público. Serão analisados dados coletados, através de um estudo realizado pela CUT, sobre o alto índice de acidentes de trabalhadores terceirizados para demonstrar a precarização causada por essa prática. Busca-se, também, verificar a aplicação das normas internacionais existentes sobre o tema. Apesar da inexistência de norma internacional específica sobre o tema, a Organização Internacional do Trabalho adotou a Convenção nº 94, ratificada pelo Brasil, que possui regras aplicáveis à questão da terceirização. Ademais, o estudo propõe a necessidade de respeito ao princípio da não discriminação diante da desigualdade de salários para funções idênticas entre trabalhadores terceirizados e efetivos, de proteção à saúde dos trabalhadores e de outros direitos e garantias constitucionalmente asseguradas, conforme a Convenção nº 111 da OIT, também ratificada pelo Brasil. Por fim, reitera-se a necessidade de conferir uma adequada proteção aos direitos fundamentais relacionados ao trabalho terceirizado, através de uma legislação específica e clara para garantir proteção aos direitos constitucionais dos trabalhadores. No artigo, foi realizada uma pesquisa bibliográfica e exploratória, embasada, principalmente, em livros, artigos científicos e normas nacionais e internacionais.

PALAVRAS-CHAVE: Terceirização. Trabalhador. Administração Pública. Princípio da Não-Discriminação. Normas Internacionais do Trabalho.

ABSTRACT: The study aims to discuss the use of outsourcing by the Public Administration in Brazil, using as a paradigm national and international standards of labor protection. The research examines the practice of outsourcing, its concept, objectives, forms of use, regulatory aspects, especially those most relevant in the public sector, and analyzes case law related to outsourcing in the private and public sectors. Collected data will be analyzed through a study

done by CUT on the high rate of work related accidents among outsourced workers, indicating the precariousness caused by this practice. The aim is to also examine the implementation of existing international standards on the subject. Despite the absence of a specific international standard on the subject, the International Labour Organization adopted Convention 94, ratified by Brazil, which has rules that should be applied to outsourcing. Furthermore, the study suggests the need to respect the principle of non-discrimination on the inequality of wages for identical functions between contractors and permanent workers, health protection and other rights and guarantees constitutionally guaranteed under the ILO Convention 111, also ratified by Brazil. Finally, we reiterate the need to give adequate protection to fundamental rights related to the outsourced work through a specific and clear legislation to ensure protection of the constitutional rights of workers. In the article, a literature and exploratory research was conducted, based mainly on books, scientific papers and national and international norms.

KEYWORDS: Outsourcing. Workers. Public Power. Principle of Non-Discrimination. International Labor Standards.

INTRODUÇÃO

A terceirização surgiu como uma prática capaz de tornar mais rápido, eficaz e menos oneroso o serviço ou a produção de uma empresa, e isso porque se cria uma relação triangular entre tomador de serviço, empresa prestadora do serviço e trabalhador; este último com vínculo empregatício com o prestador de serviço, que o contrata diretamente, dirigindo a prestação pessoal do serviço. A tomadora do serviço transfere parte da sua atividade para empresas que irão prestar aquela atividade e que, idealmente, serão especializadas em realizar aquela determinada função. Como é o prestador do serviço quem responde pelas obrigações trabalhistas, o tomador, aquele que recebe a execução do labor, não assume uma posição de responsabilidade direta com o trabalhador. Na verdade, a empresa tomadora do serviço, ao mesmo tempo em que se afasta dos custos trabalhistas, sociais e até mesmo de recursos humanos da relação de emprego, delega para outra empresa a execução de uma determinada tarefa.

No plano ideal, portanto, a terceirização é uma prática melhor direcionada a serviços instrumentais na empresa, para os quais empresas prestadoras de serviço estejam melhor capacitadas. Para o tomador, não deve importar as pessoas que estão efetivamente prestando o serviço, mas sim a atividade empresarial prestadora, uma vez que a empresa tomadora contrata o serviço e não a mão-de-obra, não havendo qualquer vínculo

direto entre eles. Sendo possível, dessa forma, focar em sua atividade principal, com maior rapidez e eficiência, e transferir para um terceiro serviços secundários.

O objetivo deste estudo é discutir o uso da terceirização pela Administração Pública no Brasil, tendo como paradigma normas nacionais e internacionais de proteção ao trabalho. Especificamente, esta análise irá considerar as possibilidades normativas para o fortalecimento da proteção ao trabalhador terceirizado na Administração Pública. A razão dessa pesquisa é o uso generalizado e sem critérios da terceirização no setor público brasileiro – como também no setor privado –, resultando na precarização dos direitos dos trabalhadores e, paralelamente, na violação da exigência do concurso público e ameaçando princípios fundamentais da Administração Pública. Este artigo foca na questão do trabalho dos terceirizados e sua proteção, reconhecendo, porém, outras consequências negativas do uso da terceirização na Administração Pública.

O exame da terceirização no Brasil sugere que essa foi desvirtuada de seu sentido original – empresas que não têm condições de realizar todo o serviço e precisam contratar prestadoras de serviço especializadas em certas atividades – no sentido de se tornar uma prática que possibilita a dissimulação de uma relação de emprego e, no serviço público, de contornar a necessidade do concurso público e instrumentalizar politicamente os postos de serviço terceirizados. Ou seja, ao invés de criar instrumentos em prol da eficiência, introduzindo um ambiente de trabalho seguro, a terceirização foi se caracterizando cada vez mais pela ausência de proteção e fragilidade das relações de trabalho, em que o trabalhador terceirizado é facilmente descartado e, mesmo no curso de sua relação de emprego, tem seus direitos violados.

A ausência de uma legislação específica sobre a terceirização e seu uso nas relações de trabalho dentro do setor público torna ainda mais vulneráveis os direitos e garantias constitucionais do trabalhador terceirizado. Um importante exemplo dessa vulnerabilidade é a violação do princípio da igualdade no trabalho entre terceirizados e trabalhadores típicos, que, no caso da Administração Pública, constitui um problema significativo em razão dos diferentes regimes – celetista e estatutário. A necessidade de legislação específica que vise garantir direitos trabalhistas e impor limites à prática da terceirização é de extrema urgência.

No âmbito internacional, tampouco há norma específica sobre terceirização. A Organização Internacional do Trabalho - OIT, todavia,

em suas declarações, convenções e recomendações se posiciona a respeito ao estabelecer normas sobre garantias protetivas ao trabalhador, que deveriam ser observadas pelo Brasil, especialmente àquelas que foram ratificadas pelo Estado brasileiro, que serão discutidas a seguir, com o fim de aniquilar qualquer prática discriminatória entre trabalhadores e promover a igualdade entre esses.

O desenvolvimento do tema se dá através de pesquisa bibliográfica em livros, artigos científicos e documentos. Trata-se, portanto, de uma pesquisa qualitativa. Quanto aos objetivos, caracteriza-se por ser exploratória, uma vez que investiga o posicionamento da jurisprudência brasileira, bem como o entendimento da OIT quanto ao fenômeno da terceirização e o respeito ao princípio da não discriminação. Busca-se chamar a atenção para a necessidade de conferir uma adequada proteção aos direitos fundamentais relacionados ao trabalho terceirizado.

1 BREVES CONSIDERAÇÕES A RESPEITO DO INSTITUTO DA TERCEIRIZAÇÃO

A terceirização consiste na possibilidade de uma empresa – tomadora de serviço – contratar outra – prestadora de serviço – para executar parte de sua atividade. A terceirização pode ocorrer fora da empresa tomadora de serviço – o chamado *outsourcing*¹ ou dentro da empresa – a terceirização típica. É importante fazer uma distinção entre descentralização interna, denominada terceirização e descentralização externa, o *outsourcing*. Ambos surgiram como uma alternativa para o aumento da competitividade, necessidade de maior produtividade e redução de custos, através da transferência da execução de um serviço ou produção de uma empresa a outra, mas cada uma possui características peculiares.

O *outsourcing* ocorre quando uma empresa contrata outra para prestar serviço especializado, executado por meio dos empregados e dentro do ambiente da prestadora de serviço, ou seja, os trabalhadores não executam seu labor dentro da empresa tomadora, mas sim na empresa prestadora. O *outsourcing* permite a transferência de serviços ou partes do processo produtivo que não são necessariamente secundários, mas sim, essenciais ao seu resultado, a exemplo do aparelho celular da *Apple*, que tem sua

1 Sobre outsourcing, ver “Offshoring and the labour market: what are the issues?” e Outsourcing, competitiveness and the labour market: losers and winners.

produção fracionada entre várias empresas de diversos países, cada uma contratada para executar partes diferentes do produto².

Esse instituto é muito utilizado por multinacionais americanas e europeias, que descentralizam a sua produção, utilizando-se de mão-de-obra mais barata em países em desenvolvimento, ao invés de contratar seus próprios empregados para executar toda a atividade. No Brasil, a descentralização da cadeia produtiva em certos setores da economia, como a indústria têxtil, é um exemplo importante. O *outsourcing* constitui hoje problema de tal monta para as relações de trabalho que é um dos principais temas da Conferência Internacional da OIT em 2016³.

Esta pesquisa irá focar na terceirização típica por ser aquela utilizada pela Administração Pública no Brasil. Nesse caso, o tomador de serviço, a fim de especializar sua produção ou serviço, contrata uma empresa prestadora de serviço para que o realize, através de seus empregados, nas dependências da empresa tomadora. Idealmente, a terceirização é utilizada com o fim de melhorar a produtividade, competitividade e lucratividade da empresa, pois a prestadora de serviço contratada é especializada na atividade, podendo realizá-la com maior eficiência e a um menor custo⁴.

Vê-se que a terceirização agrega a atividade-fim de uma empresa, que funciona como prestadora de serviço, à atividade de outra, da tomadora do serviço, que implica complementariedade. A complementariedade se apresenta como a ajuda de um terceiro para aperfeiçoar determinada situação que o terceirizador não tem condições ou não quer fazer⁵.

Entretanto, ainda que a atividade ocorra dentro do ambiente de trabalho do tomador do serviço, os trabalhadores terceirizados não estão vinculados a ele, não havendo subordinação e pessoalidade. O vínculo empregatício se dá entre trabalhador e empresa terceirizante, a quem aquele está subordinado e de quem recebe salário.

2 MORAIS, Isabela Nogueira. Cadeias produtivas globais e agregação de valor: a posição da China na indústria eletrônica de consumo. *Revista tempo do mundo*. IPEA, n.3, p. 7, dez. 2012. Disponível em: <http://www.en.ipea.gov.br/agencia/images/stories/PDFs/rtm/131219_rtmv4_n3_cap1.pdf>. Acesso em: 1 jun. 2016.

3 ILO. *Committee on Decent work in global supply chains*. Disponível em: <<http://www.ilo.org/ilc/ILCSessions/105/committees/supply-chains/lang--en/index.htm>>. Acesso em: 1 jun. 2016.

4 MAIOR, Jorge Luiz Souto. *Terceirização na Administração Pública: uma prática inconstitucional*. Brasília, ESMPU, a.4, n.17, p.88, out./dez. 2005.

5 MARTINS, Sergio Pinto. *A terceirização e o Direito do Trabalho*. São Paulo: Atlas Jurídico, 2001. p.23.

Trata-se de uma relação triangular entre tomador de serviço, empresa prestadora do serviço e trabalhador. Esse possui vínculo direto com o prestador de serviço, que o contrata diretamente, firmando o contrato de trabalho correspondente à relação de emprego, dirige a prestação pessoal do serviço e responde pelas obrigações trabalhistas. Já o tomador recebe a execução do labor sem assumir a posição de empregador. Para o tomador, não deve importar as pessoas que estão efetivamente prestando o serviço, mas sim a atividade empresarial prestadora, uma vez que a empresa tomadora contrata o serviço e não a mão-de-obra.

Nas palavras de Gláucia Barreto⁶, a terceirização possibilita a contratação de um terceiro para realizar atividades que não constituem, em regra, a atividade-fim da empresa, trazendo como vantagem a possibilidade da empresa contratante centralizar seus esforços na atividade principal, deixando as atividades secundárias ou meio para um terceiro realizar. Isso se deu em razão da realidade sócio-econômica que demonstrava a necessidade de delegação a terceiros da execução de serviços complementares à finalidade da empresa com o objetivo de ser mais competitivo e, ao mesmo tempo, lucrativo.

Nesse sentido, Maurício Godinho Delgado⁷ conceitua a terceirização, no âmbito trabalhista, como sendo o fenômeno pelo qual se dissocia a relação econômica de trabalho da relação justralhista que lhe seria correspondente. Ou seja, o trabalhador é inserido no processo produtivo do tomador de serviços sem que se forme vínculo empregatício entre eles, uma vez que os laços justralhistas são preservados com a empresa prestadora do serviço.

Tanto a doutrina majoritária, a exemplo dos doutrinados mencionados e de Fernando Bastos Ferraz, quanto a jurisprudência⁸ fixaram no Brasil

6 BARRETO, Gláucia. *Curso de Direito do Trabalho*. Niterói: Ímpetus, 2008. p. 94.

7 DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de direito do tralho*. São Paulo: LTr, 2002. p. 417.

8 Posição recente do Tribunal Superior do Trabalho sobre o assunto: AGRADO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA. TERCEIRIZAÇÃO. ATIVIDADE-FIM. ATIVIDADES DA RECLAMANTE RELACIONADAS À ABERTURA DE CONTAS, CONCESSÃO DE EMPRÉSTIMOS CONSIGNADOS, VENDA DE CARTÕES DE CRÉDITO. FRAUDE. VÍNCULO DIRETO COM O TOMADOR DE SERVIÇOS. ALEGAÇÃO DE CONTRARIEDADE À SÚMULA 331 DO TST. PROVIMENTO. Ante a razoabilidade da tese de contrariedade à Súmula 331, inciso I, do C. TST, impõe-se o processamento do recurso de revista, para exame da matéria veiculada em suas razões. Agravo de Instrumento conhecido e provido. RECURSO DE REVISTA. TERCEIRIZAÇÃO. ATIVIDADE-FIM. ATIVIDADES DA RECLAMANTE RELACIONADAS À ABERTURA DE CONTAS, CONCESSÃO DE EMPRÉSTIMOS CONSIGNADOS, VENDA DE CARTÕES DE CRÉDITO. FRAUDE. VÍNCULO DIRETO COM O TOMADOR DE SERVIÇOS. Com efeito, o

entendimento de que a terceirização só é possível nas atividades-meio da empresa tomadora do serviço, o que implica em dizer que cabe ao tomador permanecer no exercício da atividade principal, somente podendo terceirizar suas atividades secundárias. Caso contrário, essa terceirização será considerada ilícita.

Ocorre que não é tão simples quanto aparenta distinguir atividade-fim de atividade-meio, tendo em vista que em muitas situações há uma zona cinzenta entre atividade secundária e a atividade principal de uma empresa – por exemplo, no caso dos hospitais, entre serviço de hotelaria e cuidados de saúde. Ademais, os próprios critérios da subordinação direta/indireta e pessoalidade não são absolutos, uma vez que, ao ser prestado o serviço dentro do ambiente de trabalho da empresa tomadora, inevitavelmente, algum grau de subordinação e pessoalidade acaba por se tornar presente na relação de trabalho do terceirizado com a tomadora de serviço.

É importante destacar que a terceirização parece ter dois objetivos. Quando a mesma é movida por necessidade administrativa da empresa, objetiva a organização do serviço ou da produção; tendo em vista que, de fato, há empresas que não têm condições de realizar todo o serviço e precisam descentralizar certas atividades para empresas especializadas. É inegável, porém, que a terceirização também pode visar a dissimulação de uma relação de emprego, alcançando como resultado a precarização dessa relação.

Assim a terceirização não se relaciona unicamente à melhoria dos serviços, mas também ao barateamento dos custos na produção, ao transferir para um terceiro prestador de serviço a responsabilidade pela gestão e pelos custos da força de trabalho, desobrigando o tomador de serviço da responsabilidade pelos compromissos trabalhistas, ao mesmo

processo de terceirização, em apertada síntese, significa a transferência de determinadas atividades do empreendimento econômico para empresas especializadas que poderão desempenhá-las a um custo menor para a empresa contratante. A legislação brasileira consagrou a possibilidade de terceirização apenas dos serviços de vigilância (Lei nº 7.102/83). A contratação de trabalhador temporário, por empresa interposta, também é tolerada, na forma e nos limites da Lei nº 6.019/74. A jurisprudência trabalhista, com o advento da Súmula 331, do Tribunal Superior do Trabalho, passou a admitir a contratação de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistente a pessoalidade e a subordinação direta (item III, da S. 331). Assim, o espaço concedido ao fenômeno da terceirização não é absoluto, restringindo-se, por construção jurisprudencial, tão somente à atividade-meio da empresa, isto é, por assim dizer, aquele serviço que não faz parte do processo necessário à realização do produto final do empreendimento; o que não ocorre no caso em que a atividade-fim da tomadora de serviços foi terceirizada. Recurso de revista conhecido e provido. (TST - RR: 9014920115010512 Data de Julgamento: 20/05/2015, Data de Publicação: DEJT 29/05/2015)

tempo em que lhe permite contratos mais flexíveis (contratos por tempo determinado, por tempo parcial, por tarefa ou por empreita, por prestação de serviço, sem cobertura legal) através e sob a única responsabilidade desse prestador de serviço⁹.

Dado o contexto da utilização da terceirização, é preciso cautela no seu uso tanto no aspecto econômico, quanto jurídico. Do ponto de vista econômico, a terceirização implica planejamento de produtividade, qualidade e custos; já do ponto de vista jurídico, a utilização do instituto de forma ilícita pode implicar no reconhecimento de vínculo empregatício com o tomador do serviço no setor privado, ou, tratando-se do setor público, reconhecimento da responsabilidade subsidiária diante da não fiscalização pelo Estado¹⁰ – tema que será discutido no próximo item.

2 A TERCEIRIZAÇÃO NO SERVIÇO PÚBLICO

A terceirização é uma ferramenta capaz de gerar diversos benefícios ao Estado, por ser uma estratégia de contratação que potencialmente pode tornar o serviço mais rápido, eficaz e menos oneroso. Porém, essa prática deve ser utilizada de forma lícita, dentro dos limites de razoabilidade, pois, se praticada sem freios e sem observância aos princípios do Direito Constitucional, Administrativo e do Trabalho, pode ser sinônimo de precarização, por desrespeitar direitos fundamentais do trabalhador e princípios constitucionalmente garantidos, tais como a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho.

Antes de iniciar a discussão sobre as normas jurídicas elaboradas ao longo dos anos para tratar da terceirização na Administração Pública, é importante apresentar dois aspectos principais da experiência brasileira com a terceirização no serviço público: em primeiro lugar, o uso de trabalhadores terceirizados para realizar atividades próprias do serviço público, ou seja, as funções cobertas pelo plano de carreira do órgão do Estado ou unidade (terceirização contrária à lei de licitação pública, nº 8.666/92); segundo, o descumprimento pela prestadora de serviço das obrigações legais de trabalho dos terceirizados. No primeiro caso, os trabalhadores de terceiros executam a mesma atividade de um funcionário público formal – ocupante de cargo efetivo, mas não desfrutam dos níveis salariais ou direitos legais de servidores públicos, a exemplo da estabilidade, o que pode ser chamado

9 DRUCK, Maria da Graça. Terceirização e precarização: O binômio anti-social em indústrias. In: DRUCK, Maria da Graça; FRANCO, Tânia (Org). *A perda da razão social do trabalho*. São Paulo: Boitempo, 2007. p. 103.

10 BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de Direito do Trabalho*. 4. ed. São Paulo: LTr, 2007. p. 442.

de terceirização ilícita. No segundo caso, trata-se da prática da terceirização de forma lícita, pois os terceirizados executam funções que não são próprias de servidores efetivos, porém em desrespeito aos direitos trabalhistas. Esses constituem os dois problemas que serão analisados a seguir.

2.1 ASPECTOS NORMATIVOS DA TERCEIRIZAÇÃO NO SERVIÇO PÚBLICO

O marco inicial da terceirização no serviço público se deu com a edição do Decreto-lei 200/1967, que tratou da matéria em seu Artigo 10, Parágrafos 1º, alínea c, e 7º, ao prever a possibilidade de contratações indiretas de trabalhadores pelos entes da Administração Pública direta e indireta, a fim de melhorar a eficiência de seus serviços, ao mesmo tempo em que reduzia seu quadro de pessoal e dinamizava a execução de suas atividades. De certo modo, tratava-se de uma indução legal à terceirização de atividades na administração pública, estimulando a descentralização da atividade pública. Essa norma não identificava a extensão das atividades autorizadas à terceirização pelo poder público, ou seja, quais eram as atividades e funções que poderiam ser objeto de procedimento terceirizante: se alcançava a realização de atividades essenciais ou meramente operacionais¹¹.

A resposta a essa dúvida veio com a Lei 5.645/70, que, em seu Artigo 3º, Parágrafo único, elencou um rol de atividades que poderiam ser objeto de terceirização:

As atividades relacionadas com transporte, conservação, custódia, operação de elevadores, limpeza e outras assemelhadas serão, de preferência, objeto de execução mediante contrato, de acordo com o art. 10, §7, do Decreto-lei n. 200 de 25 de fevereiro de 1967.

O dispositivo legal trouxe um rol meramente exemplificativo, portanto, a terceirização poderia ocorrer em outras atividades não enumeradas expressamente nesse artigo, mas dada a natureza dessas atividades, pode-se deduzir que a autorização normativa se limitava a atividades-meio, meramente instrumentais¹².

Com o intuito de restringir as hipóteses de terceirização na iniciativa privada, em setembro de 1986, o TST aprovou a Súmula 256,

11 DELGADO, Maurício Godinho. *Princípios de direito individual e coletivo do trabalho*. 4. ed. São Paulo: LTr, 2013. p. 440.

12 *Ibidem*.

que considerou ilegal as contratações de trabalhadores por empresas interpostas, excepcionando o trabalho temporário e o serviço de vigilância. A regulação normativa da terceirização no mercado privado se deu, portanto, através desses dois modelos restritos de contratação. Por outro lado, mantinha-se na Administração Pública a contratação indireta em diversas atividades instrumentais.

Em seguida, foi editado o Decreto-lei 2.300 de 21.11.1986 que permitiu expressamente a contratação de terceiros para execução de obras ou serviços públicos. Mais tarde, esse decreto foi revogado pela Lei de Licitações de n. 8.666 de 1993¹³, que também regulou a execução indireta das atividades públicas, mas com uma inovação: a obrigatoriedade, em regra, de licitação para contratar com o poder público, ou seja, as empresas prestadoras de serviço somente executariam atividades do setor público se vencedoras da licitação realizada pelo Estado. Dessa forma, o vínculo de emprego dos trabalhadores se daria diretamente com a empresa vencedora da licitação, excluindo do Estado qualquer responsabilidade trabalhista, fiscal e comercial em caso de inadimplemento do contratado pelo Poder Público, conforme estabelecido expressamente no artigo 71, parágrafo 1º da Lei.

Além dessa inovação, a Constituição Federal trouxe, em seu artigo 37, II, e parágrafo 2º, como requisito para a investidura em cargo ou emprego público, a aprovação prévia em concurso público, considerando nulo o ato de admissão efetuado sem a observância de tal requisito, tratando-se, portanto, de um obstáculo ao reconhecimento de vínculos empregatícios com entes da administração pública, ainda que fosse configurada a ilicitude na terceirização¹⁴. Nas palavras de Maurício Godinho Delgado¹⁵, “o que pretendeu a Constituição foi estabelecer, em tais situações, uma garantia em favor de toda a sociedade, em face da tradição fortemente patrimonialista das práticas administrativas públicas imperantes no país”.

Essa previsão veio a calhar diante da ascensão de políticas neoliberais na década de 90, dentre as quais a reestruturação do setor público e o enxugamento de gastos com pessoal através de processos de terceirização, utilizados de forma indiscriminada, aliado à falta de norma específica¹⁶.

13 MARTINS, Sergio Pinto. *A terceirização e o Direito do Trabalho*. São Paulo: Atlas Jurídico, 2001. p. 129.

14 DELGADO, op. cit., p. 456.

15 Ibidem, p. 457, 2013.

16 SILVA, Patrícia Pinheiro. Terceirização nos serviços públicos. *Rev. TST*, Brasília, v. 77, p. 102, jan./mar. 2011.

Em decorrência do desrespeito aos preceitos legais, foi editado o Decreto-lei 2.271/97, que trouxe impedimentos às ilegalidades praticadas na terceirização, no sentido de prever expressamente como objeto de execução indireta as atividades materiais acessórias, instrumentais ou complementares, tais como limpeza, segurança, vigilância, transporte, informática, copeiragem, recepção, reprografia, telecomunicações e manutenção de prédios, equipamentos e instalações¹⁷.

A edição da Súmula 331 do TST em 1993 trouxe a previsão expressa de terceirização na atividade-meio, bem como vedou o reconhecimento de vínculo empregatício com o poder público em caso de terceirização ilícita, absorvendo, assim, a vedação constitucional de investidura em cargo ou emprego público sem aprovação prévia em concurso público anteriormente mencionada.

Por outro lado, a Súmula 331, de forma incompatível com a Lei de Licitações, que previu a irresponsabilidade do Estado em caso de inadimplemento dos trabalhadores terceirizados, trouxe expressamente a responsabilidade subsidiária da Administração Pública pela não fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora, isto é, imputou ao Estado a culpa *in eligendo* e culpa *in vigilando*. Essa questão foi apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, como será analisado no próximo Item.

Ainda assim vale citar a doutrina de Alice Monteiro de Barros¹⁸ no sentido de que a proteção aos interesses do Poder Público, ao desobrigá-lo do pagamento dos direitos sociais do trabalhador que prestou serviço ao Estado, subverte a teoria da responsabilidade civil e atenta contra a própria Constituição Federal de 1988, uma vez que admitir a isenção contida nessa norma implica conceder à Administração Pública, que se beneficiou da atividade dos empregados, um privilégio injustificável em detrimento da dignidade da pessoa humana e dos valores sociais do trabalho garantidos constitucionalmente, como fundamentos do Estado Democrático de Direito.

Este estudo propõe que, apesar da prática de terceirização ilícita, através da contratação mediante empresa interposta, não implicar na geração de vínculo empregatício com o ente público, pela aplicação do

17 CARELLI, Rodrigo de Lacerda. *Terceirização e intermediação de mão-de-obra: ruptura do sistema trabalhista, precarização do trabalho e exclusão social*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 117.

18 BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de Direito do Trabalho*. 5. ed. São Paulo: LTr, 2009. p. 537.

princípio da isonomia, tem-se o direito dos empregados terceirizados às mesmas verbas trabalhistas legais e normativas asseguradas àqueles contratados pelo tomador dos serviços, desde que presente a igualdade de funções. O tema será explorado mais adiante.

2.2 EVOLUÇÃO JURISPRUDENCIAL NO ÂMBITO DO TST

Em busca de assimilar a inovação trabalhista da terceirização no cenário normativo do país, o Tribunal Superior do Trabalho tem buscado, através de sua jurisprudência, uma posição moderada que garanta os direitos dos trabalhadores em face das modernas técnicas de organização empresarial.

A Súmula 256, editada em 1986, previa a possibilidade de locação de mão-de-obra de forma bastante limitada, somente os trabalhos temporários e de vigilância poderiam ser terceirizados. Com a Constituição Federal de 1988, viu-se a necessidade de revisão daquela súmula, que trazia previsões de normas anteriores à Constituição e uma realidade fática de verticalização empresarial.

Esse modelo de empresa verticalizada, em que todo o processo de produção é realizado por uma única empresa, perdeu espaço para o modelo de empresas ligadas por redes especializadas de produção. Cada empresa é responsável por desenvolver parte específica do produto, ou seja, a concentração de empresa foi substituída pela especialização de empresas para desenvolver determinado processo produtivo.

Houve necessidade de uma revisão jurisprudencial da Súmula 256, a fim de adequá-la ao novo universo normativo apresentado pela Constituição Federal, que trouxe a previsão de obrigatoriedade de concurso público para ingresso na Administração Pública, seja de forma direta ou indireta. Percebeu-se que não era razoável aplicar tal exigência para atividades acessórias, como serviços de limpeza e vigilância.

Com vistas a resolver a questão, diante do laconismo de regras legais, o TST editou a Súmula 331, que considerou lícita a terceirização da atividade-meio da empresa tomadora de serviço, referente aos serviços de vigilância, de conservação e limpeza, e os serviços especializados ligados à atividade-meio, desde que inexistente a pessoalidade e a subordinação direta. Esclareceu-se também que a prática de terceirização ilícita enseja o reconhecimento do vínculo empregatício direto com a empresa tomadora do serviço nos casos de contratação de mão de obra por empresa interposta

para execução de atividade-fim da empresa. Entretanto, em seu inciso II, afastou-se a possibilidade de vínculo empregatício com os órgãos da Administração Pública direta, indireta ou fundacional quando esta funcionar como tomadora de serviço em terceirização ilícita. Portanto, o que o legislador fez foi conformar a súmula à previsão constitucional de obrigatoriedade de concurso público para ingresso na Administração Pública.

Com o objetivo de melhor resguardar os direitos do trabalhador, no seu inciso IV, atribuiu responsabilidade subsidiária à tomadora de serviço em caso de inadimplência dos direitos trabalhistas pela empresa prestadora de serviço. Já no inciso V, previu a responsabilidade subsidiária da Administração Pública, mas trouxe um obstáculo, a exigência da comprovação de culpa “in vigilando” e “in elegendo”.

Acentua-se que a redação anterior do inciso IV responsabilizava a Administração Pública de forma subsidiária e sem necessidade de comprovação de culpa, prevendo uma responsabilidade subsidiária objetiva em face das teorias do risco administrativo e da responsabilidade objetiva que norteiam a Administração Pública. Como reação a processos apresentados perante a justiça do trabalho questionando a terceirização no serviço público, o governo do Distrito Federal propôs uma constitucional pergunta ao Supremo Tribunal Federal sobre a constitucionalidade do artigo 71, da Lei de Licitações de nº 8.666 /93, que nega a responsabilidade da Administração Pública quando a empresa prestadora do serviço não cumpre com o dever de respeitar os direitos dos trabalhadores terceirizados. O STF reconheceu a constitucionalidade do artigo 71 em 2011, no julgamento da ADC nº 16¹⁹, mudando a compreensão do TST, para entender pela responsabilidade subsidiária subjetiva da Administração Pública em tais casos.

A súmula 331 do TST trouxe previsões importantes para o controle da terceirização, o que não afasta, por outro lado, a necessidade de uma legislação clara e mais específica, que se concilie com os princípios e regras trabalhistas previstas tanto na Constituição Federal quanto na Consolidação das Leis Trabalhistas, a fim de evitar os abusos e ilegalidades praticados em decorrência das limitações trazidas pela súmula.

19 Para leitura na íntegra, ver: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/20627841/acao-declaratoria-de-constitucionalidade-adc-16-df-stf>>.

No que concerne à Administração Pública, vários são os efeitos decorrentes da prática da terceirização. São evidentes os seus benefícios, mas os malefícios, do ponto de vista dos direitos alcançados pelos trabalhadores, causam uma preocupação em grau ainda maior, pois a realidade fática demonstra claramente a exploração de forma indevida do serviço prestado pelo trabalhador no serviço público.

Não se trata apenas da exploração indevida do serviço, mas também do tratamento diferenciado dado pela jurisprudência atual, que reconhece a responsabilidade subsidiária subjetiva no setor público e objetiva no setor privado, desamparando sobremaneira o trabalhador, que não pode responsabilizar objetivamente a Administração Pública numa eventual inadimplência por parte da prestadora de serviço, mesmo tendo aquela se beneficiado do seu labor. Trata-se, portanto, de uma previsão que incentiva a prática do ilícito. Jorge Luiz Souto Maior²⁰ faz uma crítica pertinente sobre o assunto:

Há, ainda, a prática, comumente aceita - sem que se saiba por qual fundamento jurídico - da terceirização no serviço público. Nesta situação, o administrador abre uma licitação - de publicidade bastante discutível - para a realização de serviços públicos, sem qualquer caráter de urgência, ou seja, para serviços contínuos da Administração. A empresa prestadora dos serviços, contrata os trabalhadores sem a realização de concurso público - embora se levadas as coisas do direito ao pé da letra, sendo uma concessionária de um serviço público deveria realizar o concurso - e presta o serviço que deveria, normalmente, ser prestado diretamente pelo ente público. Ninguém contesta que os trabalhadores da empresa prestadora são, efetivamente, portadores de contrato de trabalho, regidos pela Consolidação das Leis do Trabalho, isto é, não há discussão de nulidade em tal contratação. Mas, depois, a empresa prestadora deixa de cumprir suas obrigações trabalhistas e o ente público é responsabilizado pelos créditos trabalhistas dos empregados da empresa prestadora, conforme recente alteração imposta ao inc. IV, do Enunciado 331, do TST. O ente público, com isso, contrata trabalhadores sem concurso público, por intermédio da empresa interposta, arca com todos os direitos de uma regular relação de emprego e ainda paga a um terceiro para fazer a administração de um serviço que deveria ele administrar, sendo que nós, cidadãos brasileiros, já pagamos, com os vários impostos, por isto. Aí está a imoralidade, e vale lembrar, são nestas contratações de empreiteiras

20 MAIOR, op. cit., p. 200.

e nos diversos “nepotismos” disfarçados que temos por aí é que o dinheiro público está escoando por um ralo que parece nem ter fundo.

A terceirização é considerada um dos principais mecanismos de precarização do trabalho, desigualdades salariais e condições precárias de segurança e saúde no trabalho são apenas alguns dos fatores que visam mitigar os direitos trabalhistas. Será discutido em seguida como a difusão descontrolada dessa prática contribui invariavelmente para a precarização das condições de trabalho.

2.3 A PRECARIZAÇÃO DOS DIREITOS TRABALHISTAS DE TRABALHADORES TERCEIRIZADOS NO SERVIÇO PÚBLICO

É necessário ainda discutir os efeitos da terceirização na Administração Pública, considerando as consequências da prática ilícita desse instrumento, ou até mesmo da prática lícita, mas em desrespeito aos direitos conquistados pelos trabalhadores, pois não pode o serviço prestado à sociedade pelo Estado ser concretizado por meio da diminuição dos direitos trabalhistas, isto seria o mesmo que excluí-lo da condição de membro dessa mesma sociedade, ou colocá-lo em uma situação de subcidadania²¹. Dentre esses efeitos danosos, ressaltamos a própria forma de contratação do terceirizados, suas condições de trabalho, e a discriminação.

Quanto à contratação, a terceirização para fins ilegítimos (tais como a indicação de trabalhadores terceirizados pelas políticas de grupos), terceirização ilegal (por exemplo, trabalhadores terceirizados que executam a mesma atividade dos funcionários públicos efetivos) e o não cumprimento dos direitos trabalhistas dos terceirizados de forma lícita, incluindo os direitos de saúde e segurança, estão entre os maiores problemas do mundo do trabalho no Brasil. Os últimos casos representam cerca de 100.000 processos por ano na Justiça do Trabalho, ajuizados por trabalhadores terceirizados que não receberam seus direitos²². Em muitos casos, o empregador - empresa prestadora de serviço -, recebe o pagamento da Administração Pública, mas não o efetua aos terceirizados.

Muitas das agências de empregos temporários não têm uma presença real e são criadas especificamente para ser parte de um contrato com um órgão público. Como consequência da violação recorrente dos direitos dos trabalhadores terceirizados, um elevado número de terceirizados vão

21 MAIOR, op. cit., p. 95.

22 BONFANTI, Cristiane. Terceirizados inundam Justiça. *Correio Braziliense*, Brasília, p.15, ago. 2011.

buscar seus direitos na Justiça do Trabalho, processando o empregador e a Administração Pública. Por exemplo, num período de quase dois anos (entre 02 de janeiro de 2010 e 20 de Novembro de 2012), 17.718 ações judiciais foram propostas na Justiça do Trabalho pleiteando a responsabilidade da Administração Pública em caso de terceirização²³.

O número de terceirizados é, consideravelmente, superior ao de trabalhadores efetivos. Nesse sentido, o relatório de sustentabilidade da Petrobrás²⁴ em 2014 registrou um número significativo de trabalhadores terceirizados, num total de 291.074 prestadores de serviço no Brasil e no exterior e, apenas, 80.908 empregados efetivos, ou seja, 78% dos trabalhadores são terceirizados.

Há uma busca incessante pela redução de custo com pessoal efetivo, e essa disparidade levanta outra discussão relevante - a não realização de concursos públicos para provimento de cargos efetivos, em razão de estar a maior parte dos cargos ocupada por terceirizados que realizam o seu serviço.

Enfatiza-se que o número de novos funcionários públicos diminuiu consistentemente na Administração Pública Federal ao longo dos anos, por 9.000 em 1997, 7.700 em 1998, 2.100 em 1999, e 1.500 em 2000. Por outro lado, em 2000, cerca de 8.900 trabalhadores terceirizados foram alocados em posições elevadas na Administração Pública Federal²⁵.

De acordo com o Tribunal de Contas da União, o número de terceirizados ilegais em órgãos da Administração Pública Federal atingiu um total de 28.567 em 2009, o Ministério da Educação e o Ministério da Saúde lideram com 9.134 e 6.092 trabalhadores terceirizados ilegais, respectivamente²⁶.

23 SILVA, Clarissa Sampaio. Terceirização na Administração pública. *Revista Brasileira de Estudos da Função Pública*, Belo Horizonte, v. 2, p. 5, maio/ago. 2013.

24 Sobre o assunto, conferir: <<http://www.petrobras.com.br/pt/sociedade-e-meio-ambiente/relatorio-de-sustentabilidade/>>.

25 CARVALHO, E.; CARDOSO, J.; CARDOSO S. Conceitos de emprego público: questões metodológicas e possibilidades de mensuração. In: CARDOSO, J. C. Jr (Org). *Burocracia e Ocupação no Setor Público Brasileiro*, Brasília, p.75, 2011. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=945>. Acesso em: 06 jun. 2016.

26 NOGUEIRA, N.; Cardoso, J. C. Jr. Tendências e problemas da ocupação no setor público brasileiro: conclusões parciais e recomendações de pesquisa. In: CARDOSO, J. C. Jr (Org). *Burocracia e Ocupação no Setor Público Brasileiro*. Brasília: IPEA, 2011. p. 436.

Apesar de uma série de acordos entre os órgãos da Administração Pública, no nível federal e estadual, com o Ministério Público e Tribunais de Contas, em que aqueles se comprometeram a substituir os trabalhadores terceirizados por servidores públicos efetivos, há alguma evidência de que o número de trabalhadores terceirizados ilegais tem aumentado, embora não haja dados disponíveis. Esse aumento é devido à falta de recursos humanos pelos gestores públicos, que usam a terceirização como uma maneira de evitar o processo formal através de seleção por mérito²⁷. Além de existir o uso político da terceirização, novamente evitando a seleção por mérito mais imparcial usado na contratação de funcionários públicos²⁸.

Argumenta-se que a razão para essa disparidade na contratação de trabalhadores terceirizados e efetivos nas empresas tomadoras de serviço decorre do fato de que contratar um servidor efetivo, por meio de concurso público, eleva sobremaneira o custo da Administração Pública, tendo em vista que a média salarial de um servidor efetivo é superior, duas ou até três vezes, ao de um trabalhador da iniciativa privada, que possui a mesma formação no exercício de função idêntica²⁹. Porém, parece ser essencial na decisão do administrador de terceirizar a ausência de limites legais para a contratação de terceirizados e os baixos custos para mantê-los. Jorge Luiz Souto Maior³⁰ evidencia essa questão ao apontar que:

No setor público, então, isto é ainda mais nítido, pois como o orçamento é limitado, muitas vezes só se conseguem verbas para aumentar os ganhos do administrador, dos seus apaniguados (os altos salários dos cargos em comissão) e dos considerados servidores de carreira com a redução do custo de parcela da mão-de-obra, que é remetida para a esfera da terceirização. O problema é que como isto se faz sem qualquer limite e sem qualquer repressão dos poderes constituídos, pois são eles próprios os executores da prática, uma parcela cada vez maior de servidores está sendo atirada para fora da administração. Assim, os servidores, que hoje, indiretamente, se beneficiam dessa situação, muito provavelmente serão os terceirizados de amanhã.

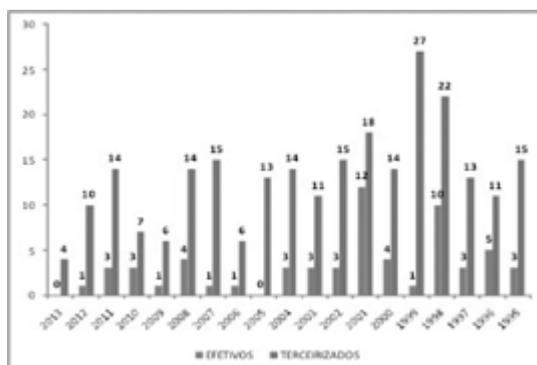
27 NOGUEIRA; CARDOSO, op. cit., p. 437.

28 MOUSINHO, Ileana Neiva. *Terceirização e corrupção*. 2013. Disponível em: <<http://www.tribunadonorte.com.br/noticia/terceirizacao-ecorruptao/268587>>. Acesso em: 06 jun. 2016.

29 AGÊNCIA BRASIL. *Média salarial em empresa é menor do que na Administração Pública*. 2015. Disponível em: <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2015-06/media-salarial-em-empresas-e-menor-que-na-administracao-publica-indica-ibge>>. Acesso em: 10 jun.2016.

30 MAIOR, op. cit., p. 103.

Quanto às condições de trabalho, o alto número de trabalhadores terceirizados é um fator que contribui para o aumento de acidentes de trabalho. Dados apresentados em um estudo realizado pela CUT em 2014 demonstram que o número de acidentes fatais no setor elétrico e no setor petrolífero, respectivamente, é significativamente maior entre trabalhadores terceirizados do que entre trabalhadores efetivos.



Verifica-se, a partir dos gráficos, que a terceirização pode ser considerada um fator que influencia significativamente no aumento das taxas de mortalidade por acidente de trabalho, em razão, por exemplo, do pouco treinamento dado aos trabalhadores terceirizados e da ausência de fiscalização por parte do prestador de serviço, tornando ainda mais visível este grave problema social e de saúde pública. Segundo o estudo realizado pela subseção do Dieese do Sidieletro Minas Gerais em 2010,

“entre 2006 e 2008 morreram 239 trabalhadores por acidente de trabalho, dentre os quais 193, ou 80,7%, eram terceirizados”. A taxa de mortalidade média para o mesmo período é de 15,1 para os trabalhadores efetivos e de 55,5 para os terceirizados³¹.

Quanto aos indicadores do grau de diferenciação e de discriminação dos trabalhadores terceirizados, destacam-se salários mais baixos pagos aos terceirizados, que, em dezembro de 2010, ganhavam 27,2% a menos que os demais trabalhadores; com jornadas de trabalho superiores, chegando a três horas a mais por semana³², o que será abordado no próximo item.

A prática da terceirização no serviço público tem sido sinônimo de precarização dos direitos trabalhistas, seja porque é praticada de forma ilícita, ou porque, mesmo lícita, afasta garantias constitucionais de proteção ao trabalhador, como igualdade de salário, redução de riscos inerentes ao trabalho, relativos à saúde, higiene e segurança, entre outros. É necessário enfrentar os problemas gerados pela terceirização, observar as normas que abordam o assunto e criar estratégias específicas para tratar do problema.

3 A NECESSIDADE DE RESPEITO AO PRINCÍPIO DA NÃO-DISCRIMINAÇÃO E AS NORMAS INTERNACIONAIS DO TRABALHO

Os problemas decorrentes da terceirização vão além da precarização do serviço, a discriminação é uma consequência séria e contumaz dessa prática na esfera pública, e por não ter justificativa razoável, é arbitrária e contrária ao Direito. A causa da discriminação no ambiente de trabalho decorre, normalmente, do tratamento diferenciado dado aos trabalhadores terceirizados. Isso se dá, por exemplo, quando executam serviços que deveriam ser prestados por ocupantes de cargos efetivos, recebendo salários inferiores no exercício da mesma função, desigualdade de jornada e impedidos de se relacionar socialmente com o ambiente onde trabalham. O trabalhador terceirizado é, por vezes, retirado do convívio com os trabalhadores efetivos da tomadora, através da utilização de elevadores específicos, horários de almoço distintos, local de vestuário, descanso e refeições diferentes, por exemplo. Condições diferentes de trabalho que fazem o trabalhador se sentir em uma condição inferior.

31 DRUCK, Graça; SILVA, Jair Batista da. *Precarização, terceirização e ação sindical*. 2016. p. 07. Disponível em: <<http://livros-e-revistas.vlex.com.br/vid/539502250>>. Acesso em: 06 jun.2016.

32 DRUCK; SILVA, op. cit., p. 07.

De acordo com o dossiê acerca do impacto da terceirização sobre os trabalhadores, realizado pela CUT³³, os setores de maior ocorrência de denúncias de discriminação entre trabalhadores terceirizados são o de asseio, conservação e vigilância.

O tratamento discriminatório constitui um desrespeito ao princípio da não-discriminação, garantido pela Convenção nº 111 da OIT, que foi aprovada no Brasil pelo Decreto Legislativo nº 104, de 1964, ratificada em 26 de novembro de 1965 e promulgada pelo Decreto Presidencial nº 62.150, de 19 de janeiro de 1968, com vigência a partir de 26 de novembro de 1966.

Convém destacar que, apesar de ser um entendimento ainda não majoritário, o Tribunal Superior do Trabalho³⁴ já reconheceu a necessidade

33 CUT Brasil. *Terceirização e desenvolvimento*: uma conta que não fecha. Dossiê acerca do impacto da terceirização sobre os trabalhadores e propostas para garantir a igualdade de direitos / Secretaria Nacional de Relações de Trabalho e Departamento Intersindical de Estatística e Estudos Socioeconômicos. São Paulo: Central Única dos Trabalhadores, 2014. p. 28.

34 Cf. Orientação Jurisprudencial 383 da SDI-1 do TST, publicada em abril de 2010, a seguir transcrita: 383 TERCEIRIZAÇÃO. EMPREGADOS DA EMPRESA PRESTADORA DE SERVIÇOS E DA TOMADORA. ISONOMIA. ART. 12, "A", DA LEI N. 6.019, DE 03.01.1974 (mantida) - Res. n.175/2011, DEJT divulgado em 27, 30 e 31.05.2011. A contratação irregular de trabalhador, mediante empresa interposta, não gera vínculo de emprego com ente da Administração Pública, não afastando, contudo, pelo princípio da isonomia, o direito dos empregados terceirizados às mesmas verbas trabalhistas legais e normativas asseguradas àqueles contratados pelo tomador dos serviços, desde que presente a igualdade de funções. Aplicação analógica do art. 12, "a", da Lei n. 6.019, de 03.01.1974. Histórico: Redação original - DEJT divulgado em 19, 20 e 22.04.2010. A equiparação salarial tem suporte no princípio da isonomia e exige a presença de certos requisitos objetivos para a sua consubstanciação. A função deve ser idêntica, não semelhante ou parecida. O trabalho executado deve ser de igual valor prestado ao mesmo empregador e na mesma localidade. Define-se trabalho de igual valor aquele executado com a mesma produtividade e perfeição técnica. Mesmo empregador significa, em princípio, o mesmo estabelecimento, já que pelo art. 2º, da CLT, empregador é a empresa e não os elementos subjetivos (arts. 10 e 448 da CLT). Se for um grupo de empresas na mesma região metropolitana, poderão ser equiparados os empregados daquelas empresas que exploram o mesmo ramo. Mesma localidade, embora, como regra, seja fixada em determinada cidade, a jurisprudência é no sentido de que a localidade, pode ser reconhecida na região metropolitana. A diferença de tempo de serviço, contado na função e não na empresa, não poderá ser superior a dois anos. Este item que premia tempo superior a dois anos é, de certa forma injusto. Poderemos ter numa empresa, dois empregados executando as mesmas funções e que reúnam todos os elementos para a equiparação, mas por um deles ter 20 anos de função e o outro 18, não poderá haver equiparação. O fator deveria figurar como requisito até o máximo de 5 anos de empresa, após isso, a equiparação seria a normal. Trata-se de sugestão de legis constituto e não de legis ferenda. A equiparação não prevalecer quando se tratar de quadro de carreira, já que a promoção terá como suporte os requisitos de antiguidade e de merecimento dentro de cada categoria profissional. Quando o trabalhador for adaptado em nova função, em face de deficiência física ou mental devidamente atestado pelo órgão da Previdência Social, o mesmo não servirá de paradigma para outras equiparações salariais. A terceirização irregular não cria vínculo de emprego com a Administração Pública tomadora da mão de obra, em face ao que dispõe o art. 37, I e II, da Constituição Federal.

garantir o princípio da isonomia entre trabalhadores terceirizados e efetivos, conforme o qual se assegura “o direito dos empregados terceirizados às mesmas verbas trabalhistas legais e normativas asseguradas àqueles contratados pelo tomador dos serviços, desde que presente a igualdade de funções” (Orientação Jurisprudencial 383 da SDI-1 do TST). O seguimento dessa interpretação na Justiça do Trabalho brasileira ainda caminha a passos lentos, uma vez que a orientação jurisprudencial – que reconheceu a igualdade de tratamento – não possui caráter obrigatório, mas apenas orientador, portanto, não há força suficiente para impor igualdade de direitos trabalhistas entre trabalhadores terceirizados e efetivos.

No âmbito internacional, a Organização Internacional do Trabalho ainda não aprovou uma norma internacional do trabalho que trate de modo específico sobre a terceirização. Todavia, mesmo não havendo essa previsão normativa, há convenções, inclusive, ratificadas pelo Brasil, e recomendações que vão de encontro às consequências geradas pela terceirização, tais como a Recomendação 198, a Convenção nº 94 e Convenção nº 111³⁵.

A Recomendação 198 da OIT³⁶, de 15 de junho de 2006, relativa à relação de trabalho, dispõe sobre necessidade de criação de políticas

Todavia, esse óbice constitucional não geral nenhum favor à empresa interposta e não afasta a aplicação do princípio da isonomia (art. 461, da CLT). Disso resulta que haverá a possibilidade da equiparação dos empregados terceirizados com servidores da Administração, desde que reúnam os requisitos exigidos por lei. Obsta-se, in casu, que a empresa terceirizada locuplete-se com a própria torpeza. Por outro lado, a Administração Pública que também participou da contratação irregular, embora tenha aliviada a sua situação em face do preceito constitucional (art. 37, I e II), deve responder perante o órgão fiscalizador (art. 37, § 2º) para a respectiva punição. Para tanto, deve ser o juiz oficial ao órgão.

- 35 A Convenção nº 111 da OIT possui natureza jurídica de tratado internacional, portanto, deve ser incorporada pelo processo ordinário de internalização dos tratados internacionais para que então se transforme em Decreto - que possuem hierarquia de lei ordinária federal - e produza seus efeitos jurídicos; a Convenção nº 94 da OIT possui natureza de tratado internacional de direitos humanos, e por não ter sido recepcionada pelo quórum previsto artigo 5º, §3º da Constituição Federal, passou a integrar o sistema legal brasileiro com estatura de norma supralegal; já as Recomendações não estão sujeitas a este processo, o que significa a desnecessidade de transformação em normas internas, podendo ser aplicadas diretamente. Na verdade, funcionam como orientadoras da OIT, de como os Estados devem pautar seu direito trabalhista interno (ARIOSI, 2004, edição eletrônica). Dessa forma, verifica-se que as normas internacionais devem ser observadas e aplicadas às relações trabalhistas internas na mesma proporção que os preceitos internos sobre o assunto.
- 36 Sobre Política Nacional de proteção aos trabalhadores em uma relação de trabalho: 4. Políticas nacionais devem ao menos incluir medidas para: [...] b) combater as relações de trabalho disfarçadas no contexto de, por exemplo, outras relações que possam incluir o uso de outras formas de acordos contratuais que escondam o verdadeiro status legal, notando que uma relação de trabalho disfarçado ocorre quando o empregador trata um indivíduo diferentemente de como trataria um empregado de maneira a esconder o verdadeiro status legal dele ou dela como um empregado, e estas situações podem surgir onde acordos contratuais possuem o efeito de privar trabalhadores de sua devida proteção;

nacionais para combater práticas de relações de trabalho disfarçadas, que possuem o efeito de privar os trabalhadores de sua devida proteção, através de tratamento distinto daquele dado aos seus empregados.

A Convenção nº 94 da OIT, que tem como tema “cláusulas de trabalho nos contratos firmados por autoridade pública”, aprovada no Brasil pelo Decreto Legislativo nº 20, de 1965, ratificada em 18 de junho de 1965 e promulgada pelo Decreto Presidencial nº 58.818, de 14 de julho de 1966, com vigência a partir de 18 de junho de 1966, determina a inclusão de cláusulas de trabalho em contratos realizados por uma autoridade pública. Sendo assim, sempre que o Poder Público for contratar e esse contrato envolver gastos de fundos e emprego de trabalhadores da outra parte contratante, é necessário estabelecer cláusulas não discriminatórias que devem ser respeitadas pelas partes contratantes³⁷.

Nesse sentido, o artigo 2º, determina que “os contratos aos quais se aplica a presente convenção conterão cláusulas garantindo aos trabalhadores interessados salários, inclusive os abonos, um horário de trabalho, e outras condições de trabalho que não sejam menos favoráveis do que as condições estabelecidas para um trabalho da mesma natureza”, ou seja, impõe-se a necessidade de respeito à igualdade entre trabalhadores que executam trabalhos idênticos e, por conseguinte, ao princípio da não-discriminação.

O aspecto fundamental da Convenção 94 é a impossibilidade, pelo trabalhador terceirizado no setor público, de desenvolver seu labor em condições que sejam menos favoráveis do que as estabelecidas para um trabalho da mesma natureza, na profissão ou indústria interessada da mesma região, como destaca o artigo 2º. Logo, não é possível fragilizar a proteção aos direitos do trabalhador terceirizado em relação aos empregados da iniciativa privada. Destaca-se que esse direito de igualdade não deve se restringir ao salário e ao horário de trabalho, mas deve alcançar também condições de saúde, segurança e bem-estar justas e razoáveis.

Já a Convenção 111 da OIT³⁸, intitulada “Discriminação em matéria de emprego e ocupação”, aprovada no Brasil pelo Decreto Legislativo nº 104, de 24 de novembro de 1964, ratificada em 26 de novembro de 1965,

37 FILHO, José Soares; VASCONCELOS, Camila Leite. *A terceirização da mão de obra em face das normas internacionais do trabalho*. CONPEDI: Minas Gerais, 2015. p. 185.

38 A Convenção 111 faz parte da Declaração da OIT sobre Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho e seu seguimento, adotada durante a Conferência Internacional do Trabalho, na octogésima sexta reunião em Genebra, no ano de 1998. Sendo a mesma uma das convenções a tratar sobre um dos quatro princípios relativos aos direitos fundamentais, o princípio da não-discriminação.

promulgada pelo Decreto nº 62.150, de 19 de janeiro de 1968 e com vigência nacional em 26 de novembro de 1966, facilitou a compreensão do termo discriminação ao prever em seu artigo 1º um rol de formas de discriminação³⁹, considerando como ato discriminatório qualquer distinção, exclusão ou preferência que vise destruir ou alterar a igualdade de tratamento em matéria de emprego ou profissão.

Souza⁴⁰ propõe o controle de convencionalidade do artigo 71 da Lei de Licitações, que não foi realizado no julgado da ADC nº 16 pelo STF, e, por essa razão, não foi observada a Convenção 94 da OIT, tratado internacional de direitos humanos, devidamente ratificado pelo Brasil e com posição hierárquica supralegal, acima, portanto, da Lei de Licitações. O STF limitou-se a examinar a matéria apenas sob a ótica da Constituição Federal. Dessa forma, para que a autoridade do julgado na ADC 16 não seja violada, propõe-se uma interpretação do tema à luz da Convenção 94 a fim de estabelecer um novo parâmetro investigativo acerca da responsabilidade em caso de terceirização.

O ordenamento jurídico deve permitir a imposição de responsabilidade objetiva ao tomador do serviço em havendo afronta aos direitos e garantias do trabalhador terceirizado no serviço público, por ser esta a medida de proteção determinada pela Convenção nº 94 da OIT.

Contudo, da leitura sobre os mencionados textos internacionais e da análise da conjuntura atual da terceirização apresentada, verifica-se o Brasil não segue as diretrizes determinadas, ao contrário, utiliza a terceirização como estratégia de precarização das relações de trabalho, trocando a dignidade do trabalhador e os direitos fundamentais consagrados no

39 Art. 1 — 1. Para os fins da presente convenção o termo "discriminação" compreende:

- a) toda distinção, exclusão ou preferência fundada na raça, cor, sexo, religião, opinião política, ascendência nacional ou origem social, que tenha por efeito destruir ou alterar a igualdade de oportunidades ou de tratamento em matéria de emprego ou profissão;
 - b) qualquer outra distinção, exclusão ou preferência que tenha por efeito destruir ou alterar a igualdade de oportunidades ou tratamento em matéria de emprego ou profissão que poderá ser especificada pelo Membro interessado depois de consultadas as organizações representativas de empregadores e trabalhadores, quando estas existam e outros organismos adequados.
2. As distinções, exclusões ou preferências fundadas em qualificações exigidas para um determinado emprego não são consideradas como discriminação.
3. Para os fins da presente convenção as palavras 'emprego' e 'profissão' incluem o acesso à formação profissional, ao emprego e às diferentes profissões, bem como às condições de emprego.

40 SOUZA, Fabiano Coelho de. *Convenção 94 da OIT e a responsabilidade dos entes públicos em caso de terceirização*. 2012. Disponível em: <<http://fabianocoelhosouza.blogspot.com.br/2012/05/convencao-94-da-oit-e-responsabilidade.html>>. Acesso em: 14 maio 2016.

artigo 7º da Constituição Federal pela prevalência de interesses meramente econômicos, assim como para fins antissociais, que visam burlar o concurso público, único meio lícito de investidura em cargos públicos. Essa prática ainda permite que os empresários lucrem com dinheiro público, sem cumprir com os direitos dos trabalhadores e sem que o Estado também detenha a responsabilidade pela afirmação e prevalência de seu próprio ordenamento jurídico⁴¹.

O instituto da terceirização é um tema bastante complexo, ensejador de debates jurídicos acerca dos seus efeitos, especialmente em razão da ausência de legislação específica, em âmbito nacional e internacional, para regulamentação da atividade terceirizada. Mesmo que haja um certo consenso sobre a necessidade de uma lei sobre terceirização, existem diferentes posições sobre a perspectiva que deve ser adotada por esta lei.

No âmbito do Congresso Nacional, discute-se, atualmente, o Projeto de Lei nº 4330/2004⁴², de autoria do Deputado Sandro Mabel - PL/GO, que visa regulamentar a terceirização, mas que tem sofrido diversos questionamentos e críticas. As dúvidas versam sobre dispositivos do projeto e o respeito aos princípios contidos nas declarações, convenções e recomendações da OIT já em vigor no plano interno e internacional⁴³, uma vez que o projeto de lei permite a contratação de trabalho terceirizado não só em atividades intermediárias, mas também na atividade principal do empregador. Uma das críticas sustenta que permitir a contratação de trabalhadores terceirizados em todas as atividades realizadas na Administração Pública revoga o Decreto 2.271/1997 e pode gerar o aumento do uso de trabalhadores terceirizados⁴⁴.

Centrais sindicais, empresas e o governo estão atualmente a discutir as mudanças neste projeto de lei com o objetivo de adotar uma lei que vise regular o uso de trabalhadores terceirizados. Neste debate, um das propostas é a elaboração de uma lei específica sobre a contratação de trabalhadores terceirizados no serviço público.

41 SOUZA, op. cit., 2012.

42 O projeto de lei não será discutido a fundo, nesse momento, pois demandaria um artigo para tal abordagem. Todavia, pode-se consultar de maneira mais específica sobre o assunto em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=267841>>.

43 ABRAMO, Silvana. *Por que dizer não ao PL 4330*. Abril. 2015. Disponível em: <<http://blogdaboitempo.com.br/2015/04/01/por-que-dizemos-nao-ao-pl-4330/>>. Acesso em: 04 jun. 2016.

44 AMORIM, Helder Santos. *O PL 4.330/2004-A e a Inconstitucionalidade da terceirização sem limite*. 2013. Disponível em: <http://www.prt3.mpt.gov.br/images/Ascom/Artigo-Terceiriza%C3%A7%C3%A3o_Helder-Amorim.pdf>. Acesso em: 04 jun. 2016.

O debate sobre o PL 4.330 /2004 abre uma janela de oportunidade para que a OIT, o governo e os parceiros sociais, a fim de promover uma profunda discussão sobre a regulamentação da terceirização e como mudar a forma de uso da terceirização no Brasil, tanto no setor público quanto privado. Três fatores justificam a necessidade de uma regulamentação específica sobre trabalho terceirizado no serviço público: o tamanho e a importância do trabalho terceirizado no serviço público; a insegurança de suas condições de trabalho; e a ausência de um espaço efetivo de negociação coletiva no caso de trabalhadores terceirizados no serviço público.

A OIT pode cooperar neste debate, tornando o diálogo possível, dando espaço para os trabalhadores terceirizados e fornecendo conhecimentos no desenvolvimento dessas políticas, que são tão sérias e necessárias para alcançar novos direitos trabalhistas e garantir o respeito aos direitos conquistados até hoje.

4 CONCLUSÃO

A terceirização foi criada como um instrumento descentralizador da atividade, visando especializar o serviço principal de uma empresa e possibilitando que os serviços secundários fossem realizados, uma vez que a empresa nem sempre possui uma estrutura capaz de suportar todos os profissionais especializados no seu quadro de funcionários.

É um instituto que possibilita a organização do serviço ou da produção; tendo em vista que, de fato, há empresas que não têm condições de realizar todo o serviço e precisam especializar certas atividades; por outro lado, a terceirização pode objetivar a dissimulação de uma relação de emprego, alcançando como resultado a precarização dessa relação. Além de objetivar o barateamento dos custos na produção, ao transferir para um terceiro prestador de serviço a responsabilidade pela gestão e pelos custos da força de trabalho, desobrigando o tomador de serviço da responsabilidade pelos compromissos trabalhistas.

O ordenamento jurídico brasileiro não traz uma legislação específica com normas garantidoras de direitos aos trabalhadores terceirizados, seja no setor privado ou público. A situação é ainda mais grave no setor público, uma vez que a terceirização é utilizada para usurpar a exigência constitucional de concurso público para a investidura em cargos públicos, seja para apadrinhar familiares em setores terceirizados, ou para reduzir os gastos com servidores efetivos, em que os salários são desarrazoadamente superiores. Muitas vezes, o trabalhador terceirizado exerce funções idênticas

à de servidores efetivos, e quando não a própria função do servidor efetivo, porém, recebe salários inferiores.

A regulação da terceirização deve ser pensada no sentido de se garantir melhores condições de trabalho, maior proteção de direitos trabalhistas e salários que correspondam ao exercício da função, de caráter isonômico, para os trabalhadores terceirizados. A reflexão sobre o tema pode indicar se essa estratégia é possível ou não. Na seara internacional também não se vislumbra uma legislação específica sobre terceirização, todavia, a Organização Internacional do Trabalho, através de declarações, convenções e recomendações se posiciona a respeito ao estabelecer normas sobre garantias protetivas ao trabalhador, que deveriam ser observadas pelo Brasil, especialmente àquelas que foram ratificadas, com o fim de proibir qualquer prática discriminatória entre trabalhadores e promover a igualdade entre eles. Por essa razão, qualquer norma interna que viole os fundamentos presentes nas normas internacionais é considerada incompatível com os princípios garantidos pela OIT.

As convenções ratificadas pelo Brasil devem ser cumpridas, em especial, enquanto não se aprova uma legislação específica sobre o tema, garantindo melhores condições de trabalho, igualdade de salário e respeito aos dispositivos constitucionais.

REFERÊNCIAS

ABRAMO, Silvana. *Por que dizer não ao PL 4330*. Abril, 2015. Disponível em: <<http://blogdaboitempo.com.br/2015/04/01/por-que-dizemos-nao-ao-pl-4330/>>. Acesso em: 04 jun.2016.

AGÊNCIA BRASIL. *Média salarial em empresa é menor do que na Administração Pública*. 2015. Disponível em: <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2015-06/media-salarial-em-empresas-e-menor-que-na-administracao-publica-indica-ibge>>. Acesso em: 10 jun.2016.

AMORIM, Helder Santos. *O PL 4.330/2004-A e a Inconstitucionalidade da terceirização sem limite*. 2013. Disponível em: <http://www.prt3.mpt.gov.br/images/Ascom/Artigo-Terceiriza%C3%A7%C3%A3o_Helder-Amorim.pdf>. Acesso em: 04 jun.2016.

ARIOSI, Mariângela de Fátima. Os efeitos das convenções e recomendações da OIT no Brasil. *Jus Navigandi*, Teresina, a. 9, n. 507, 26 nov. 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5946>>. Acesso em: 04 jun. 2016.

BARRETO, Glaucia. *Curso de Direito do Trabalho*. Niterói: Ímpetus, 2008.

BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de Direito do Trabalho*. 4. ed. São Paulo: LTr, 2007.

_____, 5 ed. São Paulo: LTr, 2009.

BONFANTI, Cristiane. Terceirizados inundam Justiça. Brasília: *Correio Braziliense*. p. 15, ago. 2011.

BOTTINI, Novella; ERNST, Christoph; LUEBKER, Malte. *Offshoring and the labour market: what are the issues?* Economic and labour market paper. International Labour Office, Employment Analysis and Research Unit, Economic and Labour Market Analysis Department. - Geneva: ILO, 2008. Disponível em: <http://ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_emp/---emp_elm/---analysis/documents/publication/wcms_113922.pdf>. Acesso em: 31 maio 2016.

BRASIL, Tribunal Superior do Trabalho. *AGRAVO DE INSTRUMENTO - TERCEIRIZAÇÃO - EMPRESA DE TELECOMUNICAÇÕES - SERVIÇOS DE INSTALAÇÃO E REPARAÇÃO DE LINHAS TELEFÔNICAS - LEGALIDADE - CONTRARIEDADE À SÚMULA 331, III, DO TST - PROVIMENTO*. Recurso de Revista 263640-51.2006.5.03.0138, da 7ª Turma do Tribunal Superior do Trabalho de Brasília, DF, 06 de fevereiro de 2013, julgado por Ives Gandra Martins Filho.

CARELLI, Rodrigo de Lacerda. *Terceirização e intermediação de mão-de-obra: ruptura do sistema trabalhista, precarização do trabalho e exclusão social*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

CARVALHO, E.; CARDOSO, J.; CARDOSO S. Conceitos de emprego público: questões metodológicas e possibilidades de mensuração. In: CARDOSO, J. C. Jr (Org). *Burocracia e Ocupação no Setor Público Brasileiro*, Brasília, p. 181-212, 2011. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=945>. Acesso em: 06 jun. 2016.

CUT Brasil. *Terceirização e desenvolvimento: uma conta que não fecha*. Dossiê acerca do impacto da terceirização sobre os trabalhadores e propostas para garantir a igualdade de direitos / Secretaria. Nacional de Relações de Trabalho e Departamento Intersindical de Estatística e Estudos Socioeconômicos. São Paulo: Central Única dos Trabalhadores, 2014.

DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do tralho*. São Paulo: LTr, 2002.

_____. *Princípios de direito individual e coletivo do trabalho*. 4. ed. São Paulo: LTr, 2013.

DRUCK, Graça; SILVA, Jair Batista da. *Precarização, terceirização e ação sindical*. 2016. p. 07. Disponível em: <<http://livros-e-revistas.vlex.com.br/vid/539502250>>. Acesso em: 06 jun.2016.

DRUCK, Maria da Graça. Terceirização e precarização: O binômio anti-social em indústrias. In: DRUCK, Maria da Graça; FRANCO, Tânia (Org). *A perda da razão social do trabalho*. São Paulo: Boitempo, 2007.

FERRAS, Fernando Basto. *Terceirização e outras formas de flexibilização do trabalho*. São Paulo: LTr, 2006.

FILHO, José Soares; VASCONCELOS, Camila Leite. *A terceirização da mão de obra em face das normas internacionais do trabalho*. CONPEDI, Minas Gerais, 2015.

FONTAGNÉ, Lionel. *Outsourcing, competitiveness and the labour market: losers and winners*. 2009, p. 35-49. Disponível em: < <https://revistas.ucm.es/index.php/PADE/article/viewFile/PADE0909110035A/21298>>. Acesso em: 31 maio 2016.

ILO. *Committee on Decent work in global supply chains*. Disponível em: <<http://www.ilo.org/ilc/ILCSessions/105/committees/supply-chains/lang--en/index.htm>>. Acesso em: 1 jun.2016.

MAIOR, Jorge Luiz Souto. *Terceirização na Administração Pública: uma prática inconstitucional*. Brasília: ESMPU, a.4, n.17, out./dez. 2005, p. 87-117.

_____. Contrato de trabalho sem concurso no serviço público: efeitos. *Revista de Direito do Trabalho*, Brasília, v. 101, p. 197-201, jan./mar. 2001.

MARTINS, Sergio Pinto. *A terceirização e o Direito do Trabalho*. São Paulo: Atlas Jurídico, 2001.

MORAIS, Isabela Nogueira. Cadeias produtivas globais e agregação de valor: a posição da China na indústria eletrônica de consumo. *Revista tempo do mundo*. IPEA, n.3, p. 5-46, dez. 2012. Disponível em: <http://www.en.ipea.gov.br/agencia/images/stories/PDFs/rtm/131219_rtmv4_n3_cap1.pdf>. Acesso em: 1 jun.2016.

MOUSINHO, Ileana Neiva. *Terceirização e corrupção*. 2013. Disponível em: <<http://www.tribunadonorte.com.br/noticia/terceirizacao-e-corrupcao/268587>>. Acesso em: 06 jun. 2016.

NOGUEIRA, N.; Cardoso, J. C. Jr.. Tendências e problemas da ocupação no setor público brasileiro: conclusões parciais e recomendações de pesquisa. In: CARDOSO, J. C. Jr (Org). *Burocracia e Ocupação no Setor Público Brasileiro*. Brasília: IPEA, 2011. p. 415-442.

NOVELLA, Bottini; ERNST, Christoph; LUEBKER, Malte. *Offshoring and the labour market: what are the issues?* Geneva: ILO, 2008. Disponível em: <http://ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_emp/---emp_elm/---analysis/documents/publication/wcms_113922.pdf>. Acesso em: 31 maio 2016.

OIT. *Convenção n.º 111 da Organização Internacional do trabalho*. Disponível em: <<http://www.oit.org.br/node/472>>. Acesso em: 14 maio 2016.

_____. *Convenção n.º 94 da Organização Internacional do Trabalho*. Disponível em: <<http://www.oit.org.br/node/462>>. Acesso em: 14 maio 2016.

_____. *Declaração da OIT sobre os Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho e seu Seguimento*. Disponível em: <http://www.oit.org.br/sites/default/files/topic/oit/doc/declaracao_oit_547.pdf>. Acesso em: 14 maio 2016.

SILVA, Clarissa Sampaio. Terceirização na Administração pública. *Revista Brasileira de Estudos da Função Pública*, Belo Horizonte, v. 2, p. 51-69, maio/ago. 2013.

SILVA, Patrícia Pinheiro. Terceirização nos serviços públicos. *Revista TST*, Brasília, v. 77, p. 95-130, jan./mar. 2011.

SOUZA, Fabiano Coelho de. *Convenção 94 da OIT e a responsabilidade dos entes públicos em caso de terceirização*. Disponível em: <<http://fabianocoelhosouza.blogspot.com.br/2012/05/convencao-94-da-oit-e-responsabilidade.html>>. Acesso em: 14 maio 2016.

RECEBIDO EM: 24/11/2015

APROVADO EM: 12/09/2016

A DESAPROPRIAÇÃO JUDICIAL (§§ 4º E 5º DO ART. 1228 DO CÓDIGO CIVIL): GARANTIA DO DIREITO À MORADIA, DA FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE E INSTRUMENTO DE IMPLEMENTAÇÃO DA POLÍTICA URBANA E DE REFORMA AGRÁRIA

THE CONDEMNATION (§§ 4 AND 5 OF ARTICLE 1228 CIVIL CODE): THE RIGHT TO DWELLING, SOCIAL FUNCTION OF THE PROPERTY AND MEANS OF EXECUTION OF URBAN POLICY AND AGRARIAN REFORM

André Luiz dos Santos Nakamura

Doutorando em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana

Mackenzie. Mestre em Direito do Estado pela PUC/SP

Especialista em Direito Processual Civil pela Escola Superior da Procuradoria

Geral do Estado. Procurador do Estado de São Paulo

SUMÁRIO: Introdução; 1 A função social da propriedade; 2 Natureza jurídica do instituto previsto nos §§ 4º e 5º do art. 1228 do Código Civil; 3 Questões processuais de aplicabilidade da desapropriação judicial; 4 Requisitos para a desapropriação judicial; 5 Aplicabilidade da desapropriação judicial aos bens públicos; 6 O valor da justa indenização; 7 O responsável pelo pagamento da indenização; 8 O Poder Público como o responsável pelo pagamento da

indenização na desapropriação judicial; 8.1 Questões orçamentárias e a responsabilidade do pagamento da indenização pelo Estado; 8.2 A desapropriação judicial como instrumento para a desapropriação sanção do imóvel que não cumpre a função social da propriedade; 9 conclusões; Referências.

RESUMO: Este artigo pretende abordar a desapropriação judicial, introduzida no ordenamento jurídico positivo pelos §§ 4º e 5º do art. 1228 do Código Civil. Usando-se o método indutivo de pesquisa científica, iremos partir da disciplina legal do instituto para compatibilizá-lo com as demais normas que tratam da função social da propriedade, política urbana e reforma agrária, com a finalidade de estabelecer uma disciplina sistemática da desapropriação judicial. Analisaremos a importante e controversa questão do responsável pelo pagamento da indenização, visando a dar efetividade à norma legal. O resultado será a disciplina sistemática da desapropriação judicial para que ela sirva de ferramenta de política pública urbana e de reforma agrária.

PALAVRAS-CHAVE: Desapropriação. Função Social da Propriedade. Política Urbana. Reforma Agrária. Direito à Moradia.

ABSTRACT: This study will address the condemnation introduced into positive law by §§ 4 and 5 of article 1228 of the Civil Code. Using the inductive method of scientific research, we will from the legal institute discipline to make it compatible with other provisions dealing with the social function of property, urban policy and agrarian reform, in order to establish a systematic discipline of condemnation. We analyze the important and controversial issue of responsibility for paying the recovery, with a view to give effect to the legal standard. The result is a systematic discipline of condemnation for it to serve urban public policy tool and agrarian reform.

KEYWORDS: Condemnation. Social Function of the Property. Urban Policy. Agrarian Reform. Right to Wellbeing.

INTRODUÇÃO

O art. 1228 §§ 4º e 5º do Código Civil positivou a denominada “desapropriação judicial”. Trata-se de instituto sem similar no direito comparado. Ele se destina a dar cumprimento ao comando cogente da Constituição Federal que determina o cumprimento da função social da propriedade, bem como o direito social à moradia, previsto no art. 6º da Constituição Federal.

O instituto da desapropriação judicial, entretanto, tem encontrado pouca aplicação prática em decorrência das dúvidas que tem suscitado. O Judiciário não tem sido instado pelos operadores do direito para a aplicação dos §§ 4º e 5º do art. 1228 do Código Civil. A doutrina tem vacilado na interpretação dos referidos dispositivos legais.

O principal entrave para a aplicação do instituto é a (in) definição do responsável pelo pagamento da indenização. A lei civil não previu expressamente quem deverá arcar com o valor da indenização ao proprietário do terreno ocupado por uma coletividade de pessoas que nele realizam uma função de interesse social. Algumas interpretações levam à responsabilização dos ocupantes, o que torna a norma inaplicável, em razão da ausência de condições econômicas dos ocupantes irregulares de grandes favelas. Outras interpretações se direcionam a apontar como responsável o Estado, o que ocasiona sérios problemas relacionados ao orçamento e à política pública de moradia.

Sem a pretensão de tentar esgotar o assunto, iremos tratar de forma sistemática o instituto da desapropriação judicial, mediante uma interpretação fundada na Constituição Federal, levando-se em consideração as políticas urbanas e agrárias, visando a dar efetividade à desapropriação judicial, por ser esta um importantíssimo instrumento de garantia da função social da propriedade.

1 A FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE

As Encíclicas *Rerum Novarum*, do Papa Leão XIII e *Quadragesimo Anno*, de Pio XI deram um sopro de socialização ao direito de propriedade. A Encíclica *Mater et Magistra* do Papa João XXIII de 1961 ensina que a propriedade é um direito natural, mas esse direito deve ser exercido de acordo com uma função social, não só em proveito do titular, mas também

em benefício da coletividade. A propriedade deve ser produtiva e útil. Um bem não utilizado ou mal utilizado é constante motivo de inquietação social. A má utilização da terra e do espaço urbano gera violência¹.

As Constituições de 1824 e 1891 declararam o direito de propriedade em sua plenitude. A Constituição de 1934 fez referência ao interesse social ou coletivo, vedando que o uso da propriedade contrariasse esses interesses. A Constituição de 1937 não falou sobre o interesse social ou coletivo da propriedade, o que voltou a ser previsto pela Constituição de 1946. Por fim, as Constituições de 1967 e 1969² proclamaram, expressamente, a função social da propriedade.

A Constituição Federal de 1988 (art. 5º XXIII) estabelece que a propriedade deve cumprir sua função social. Nosso sistema constitucional vigente condiciona a propriedade a ser destinada a uma função. A propriedade deve ser voltada não somente ao interesse do proprietário, devendo haver a interação da mesma aos interesses da coletividade.

A propriedade clássica moldada pela Revolução Francesa não é compatível com a ordem constitucional³. Trouxe-se ao Direito Privado, em especial à propriedade, algo que somente era visto no Direito Público: o condicionamento de um poder (o poder do proprietário) a uma finalidade (a função social)⁴. Houve a imposição de uma obrigação, um dever de utilizar o bem em benefício de um interesse social⁵.

Atribuiu-se aos particulares uma função quase pública, aumentando-lhe os ônus em troca da preservação da liberdade de ter uma propriedade plenamente garantida pelo ordenamento jurídico; realiza o proprietário

1 Nesse sentido: VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: Direitos Reais*. São Paulo: Atlas, 5. ed. 2005. p. 176.

2 Constituição de 1967, com a redação dada pela Emenda 01 de 1969.

3 Nesse sentido: "É consequência aceita e compreendida, da evolução social, que o direito de propriedade perdeu, de há muito, o caráter absoluto de que se revestia no Direito Romano: com o decorrer dos tempos, a propriedade, necessariamente, adequando-se à existência de outros direitos, à coexistência social, e os sistemas jurídicos, mediante disposições várias, vêm estabelecendo muitos desses condicionamentos, gerais ou específicos, ao exercício desse direito. A Constituição Federal, no seu art. 5º, XXV, explicita o princípio da função social da propriedade, ou seja, a adequação do seu exercício às suas finalidades no contexto social envolvendo, já, aqui, razões de interesse geral e do bem-estar de cada um". (GARCIA, Maria. *Inconstitucionalidades da lei das desapropriações: a questão da revenda*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 3).

4 Cf. SUNDFELD, Carlos Ari. A função social da propriedade In: DALLARI, Adilson Abreu; FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Temas de direito urbanístico -1*. São Paulo: RT, 1987. p. 5

5 *Ibidem*, p. 11

uma função parecida com a desempenhada pelo Estado⁶. O proprietário é convocado pela ordem jurídica a agir de determinada forma, qual seja, a de que deve se utilizar adequadamente da coisa, em relação ao bem comum⁷. Para legitimar-se a apropriar-se de algo⁸, deve o indivíduo cumprir os interesses sociais que possibilitam tal legitimação; deve assumir um papel ativo, colocando em atividade a riqueza de que é detentor em benefício da coletividade⁹. Não cumprindo a função social, deve a propriedade ser extinta¹⁰, na forma dos instrumentos previstos na Constituição Federal para sancionar o proprietário omissivo.

A função social da propriedade é decorrência do princípio da supremacia do interesse público sobre o privado, no sentido de que permite que o interesse individual e egoísta do proprietário seja suplantado pelo interesse coletivo que os bens produzam riquezas que se disseminarão para toda a coletividade¹¹.

Não cumpre a função social a mera utilização do bem, a colocação do mesmo em uma destinação economicamente útil. Isso é necessário, mas não é tudo. Além da colocação do bem em uso para a sua finalidade própria de produzir riquezas para o proprietário, exige-se, ainda, que os bens sejam usados para objetivos de justiça social¹², ou seja, que se cumpra um projeto de uma sociedade mais justa e igualitária, sendo a propriedade

6 Cf. SUNDFELD, Carlos Ari. A função social da propriedade In: DALLARI, Adilson Abreu; FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Temas de direito urbanístico -I*. São Paulo: RT, 1987. p.14

7 Cf. ALVIM, Arruda. *Comentários ao Código Civil Brasileiro, V. XI – tomo I*. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 263.

8 Nesse sentido: “No mundo moderno, o direito individual sobre as coisas impõe deveres em proveito da sociedade a até mesmo no interesse dos não proprietários”. (GOMES, Orlando. *Direitos Reais*. Rio de Janeiro: Forense, 2000, 17. ed. p. 111)

9 Cf. SUNDFELD, op. cit., p. 6.

10 Nesse sentido: “Emerge, todavia, a noção de que, não cumprida pelo proprietário a função social estabelecida pelo ordenamento positivo, deve o direito de propriedade extinguir-se, passando, das mãos de seu titular, ou para o Estado ou para quem lhe dê a função almejada”. (BEZNOS, Clovis. Desapropriação em nome da política urbana. In: DALLARI, Dalmo de Abreu; FERRAZ, Sergio. *Estatuto da cidade: comentários à Lei Federal 10.257/2001*. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 123).

11 Nesse sentido: “O sentido social da propriedade, em nossos dias, conduz, entretanto, a uma situação de direito, aceita por todos os sistemas jurídicos, de que o interesse privado, consubstanciado no direito de propriedade, cede lugar ao interesse público, permitindo o sacrifício da propriedade do particular em prol do interesse coletivo”. (CRETTELLA JUNIOR, José. *Tratado geral da desapropriação*. Rio de Janeiro: Forense, 1980. v. 1, p. 31).

12 No mesmo sentido: “A propriedade, como elemento fundamental da ordem econômica, há de servir à conquista de um desenvolvimento que realize a justiça social. Consequentemente, o regime jurídico que lhe for traçado deve ensejar o desenvolvimento e favorecer um modelo social que seja o da justa distribuição da riqueza”. (SUNDFELD, op. cit., p.13)

um meio de ampliar as oportunidades de todos, realizar o desenvolvimento nacional e reduzir as desigualdades¹³.

No plano constitucional, a função social da propriedade é o fundamento da desapropriação¹⁴. Esta aparece, atualmente, como um instrumento de grande relevância para fazer cumprir a função social da propriedade¹⁵.

Há, inclusive, o entendimento de que o direito de propriedade somente é garantido se atender à função social. A função social seria o fundamento do regime jurídico da propriedade¹⁶. A função social tornar-se-ia a própria razão pela qual o direito de propriedade seria atribuído a um determinado sujeito¹⁷. A propriedade que não cumpre a função social não teria garantia do ordenamento jurídico constitucional¹⁸. Assim, a propriedade teria deixado de ser um direito para se tornar uma função¹⁹.

13 Cf. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Novos aspectos da função social da propriedade. In: *Revista de Direito Público* n. 84, p. 43/44, out./dez. 1987.

14 Cf. BEZOS, Clóvis. *Aspectos jurídicos da indenização na desapropriação*. Belo Horizonte: Fórum, 2006. p. 22/23.

15 Sobre a desapropriação como instrumento para o cumprimento da função social da propriedade: “A Constituição não admite a propriedade dos bens que não produzem e recebem valorização do trabalho coletivo e do próprio Estado. A propriedade improdutiva, que o proprietário não explora no sentido de transformá-la numa utilidade geral, criando riqueza para si e para a coletividade, não atende ao bem-estar social, não merece o amparo do Estado. É possível, nesse caso e em outros equivalentes, a sua desapropriação, a fim de tornar a propriedade uma utilidade geral, um meio de desenvolver a riqueza coletiva, promovendo-se a sua justa distribuição, com igual oportunidade para todos”. (SILVA, Ildefonso Mascarenhas. *Desapropriação por necessidade e utilidade pública*. Rio de Janeiro: Aurora Limitada, 1947. p. 36/37.)

16 Sobre o princípio da função social da propriedade, José Afonso da Silva assevera que “ele transforma a propriedade capitalista, sem socializá-la. Condiciona-a como um todo, não apenas seu exercício, possibilitando ao legislador entender com os modos de aquisição em geral ou com certos tipos de propriedade, com seu uso, gozo e disposição. Constitui, como já se disse, o fundamento do regime jurídico da propriedade, não de limitações, obrigações e ônus que podem apoiar-se – e como sempre apoiaram – em outros títulos de intervenção, como a ordem pública ou a atividade de polícia”. (SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivo*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 286).

17 Cf. PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 226.

18 Nesse sentido: “O regime jurídico da propriedade tem seu fundamento na Constituição. Esta garante o direito de propriedade, desde que este atenda sua função social. Se diz: é garantido o direito de propriedade (art. 5, XXII), e a propriedade atenderá a sua função social (art. 5, XIII), não há como escapar ao sentido de que só garante o direito de propriedade que atenda sua função social”. (SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivo*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 273).

19 Nesse sentido: “A propriedade deixou de ser o direito subjetivo do indivíduo e tende a se tornar a função social do detentor da riqueza mobiliária e imobiliária; a propriedade implica para todo detentor de uma riqueza a obrigação de empregá-la para o crescimento da riqueza social e para a interdependência social.

Na verdade, a propriedade passou a ser uma função social e ao mesmo tempo um direito subjetivo. A função social da propriedade representaria um compromisso entre a ordem liberal e a ordem socializante, incorporando certos ingredientes da segunda na primeira²⁰. Seria um instituto do capitalismo e perfeitamente compatível com ele. O proprietário não seria obrigado a colocar o seu bem em interesse exclusivo da sociedade; teria o dever de utilizar o bem para a satisfação das necessidades coletivas, mas não poderia ser privado de utilizá-lo para as suas necessidades individuais²¹. O princípio da isonomia não permitiria que o Estado onerasse exclusivamente um indivíduo em benefício de toda a coletividade; ademais, a função social não seria título para que o Poder Público se desonerasse de seus deveres, lançando-os sobre os particulares²². Não representaria o princípio da função social da propriedade uma socialização dos bens imóveis, transformando a propriedade em mera função²³. Continuaría a existir o direito de propriedade como um direito individual, mas que deveria cumprir a sua função social. Não haveria, assim, uma prevalência da função social sobre o próprio direito de propriedade²⁴. A existência da função social não teria feito desaparecer o direito de propriedade. Este não se resumiria à mera função²⁵.

Só o proprietário pode executar uma certa tarefa social. Só ele pode aumentar a riqueza geral utilizando a sua própria; a propriedade não é, de modo algum, um direito intangível e sagrado, mas um direito em contínua mudança que se deve modelar sobre as necessidades sociais às quais deve responder". (DUGUIT, Léon. *Las transformaciones del derecho publico y privado*. Buenos Aires: Heliasta, 1975. p. 236)

20 Cf. SUNDFELD, Carlos Ari. A função social da propriedade In: DALLARI, Adilson Abreu; FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Temas de direito urbanístico -1*. São Paulo: RT, 1987. p. 2.

21 *Ibidem*, p. 19

22 *Ibidem*, p. 19

23 Nesse sentido: "O primeiro ponto notar é que o Texto acaba por repelir de vez alguns autores afoitos que quiseram ver no nosso direito constitucional a propriedade transformada em mera função. Em vez de um direito particular, ela seria um ônus, impondo-lhe quase o que seria um autêntico dever." (BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 19. ed. 1998. p. 209).

24 Nesse sentido: "O princípio do art. 5º, XXII (função social da propriedade), deverá adequar-se aos demais princípios informadores da Constituição como, *in casu*, o direito de propriedade, uma relação de equilíbrio e de harmonia, não de prevalência ou preeminência". (GARCIA, Maria. *Inconstitucionalidades da lei das desapropriações: a questão da venda*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 24).

25 Nesse sentido: "Estamos a crer que, ao lume do direito positivo constitucional, a propriedade ainda está claramente configurada como um direito que deve cumprir uma função social e não como sendo pura e simplesmente uma função social, isto é, bem protegido tão só na medida em que a realiza". (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Novos aspectos da função social da propriedade. In: *Revista de Direito Público*, n. 84, p. 41, out./dez.1987.)

A Constituição Federal estabelece que a propriedade deverá cumprir sua função social (Art. 5º - XXIII). A ordem econômica, de acordo com a vigente disciplina constitucional, é fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observado, dentre outros princípios, o da função social da propriedade (Art. 170 - III).

Com vistas a dar cumprimento ao princípio da função social da propriedade, o vigente Código Civil disciplinou a propriedade da seguinte forma:

Art. 1.228. O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha.

§ 1º O direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas.

§ 2º São defesos os atos que não trazem ao proprietário qualquer comodidade, ou utilidade, e sejam animados pela intenção de prejudicar outrem.

§ 3º O proprietário pode ser privado da coisa, nos casos de desapropriação, por necessidade ou utilidade pública ou interesse social, bem como no de requisição, em caso de perigo público iminente.

§ 4º O proprietário também pode ser privado da coisa se o imóvel reivindicado consistir em extensa área, na posse ininterrupta e de boa-fé, por mais de cinco anos, de considerável número de pessoas, e estas nela houverem realizado, em conjunto ou separadamente, obras e serviços considerados pelo juiz de interesse social e econômico relevante.

§ 5º No caso do parágrafo antecedente, o juiz fixará a justa indenização devida ao proprietário; pago o preço, valerá a sentença como título para o registro do imóvel em nome dos possuidores.

Na disciplina da propriedade, o legislador, nos §§ 4º e 5º da norma acima, inseriu no direito positivo nacional a denominada “desapropriação

judicial”. Trata-se de instituto novo, criado pelo legislador nacional e sem precedentes no direito comparado²⁶. Tem por base constitucional a função social da propriedade²⁷.

Em razão de seu caráter inovador, bem como da disciplina legislativa mediante conceitos abertos e indeterminados, o instituto não tem tido a aplicação que dele se esperava²⁸. Nem mesmo a doutrina tem se debruçado com detença sobre o assunto. Após mais de 10 anos da publicação do vigente Código Civil, se nada mudar, ocorrerá a não efetividade de um poderoso instrumento de garantia da função social da propriedade.

2 NATUREZA JURÍDICA DO INSTITUTO PREVISTO NOS §§ 4º E 5º DO ART. 1.228 DO CÓDIGO CIVIL

A desapropriação judicial é a decisão judicial que declara que o proprietário de imóvel considerado de área extensa não mais terá o direito de reavê-lo, tendo direito somente à indenização, em razão da posse ininterrupta e de boa-fé, por mais de cinco anos, de considerável número de pessoas que realizaram obras e serviços de interesse social e econômico relevante²⁹.

26 Nesse sentido: “Os dispositivos e o instituto, além de não encontrarem correspondentes na codificação anterior, também não estão previstos em qualquer outra codificação do direito comparado. Constitui, assim, uma genuína *criação jurídica brasileira*”. (TARTUCE, Flávio. A desapropriação judicial privada por posse-trabalho e o caso da favela Pulmão. Semelhanças e diferenças. Concretizando a função social da propriedade e da posse. *Revista de Direito Privado*, v. 54, p. 129 – 160, abr./jun. 2013.)

27 Nesse sentido: “Tal inovação tem por base a socialização da posse, a função social da posse e da propriedade e a justiça social (CF, arts. 5º, XXIII, e 170, III). Atende-se à função social representada pela moradia, pelo trabalho produtivo e investimento. É uma proteção específica à posse qualificada com o escopo de valorizar a função social da propriedade, acatando o princípio da socialidade”. (DINIZ, Maria Helena. *Código Civil Anotado*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 980).

28 Nesse sentido: “Promulgado o novo Código Civil de 2002, sob a inspiração do culturalismo jurídico e com sua tessitura aberta, o instituto inovador não repercutiu nas esferas judiciais, ao contrário de outras inovações específicas do Direito das Coisas, tais como as noções de posse-trabalho e de função social da propriedade. Uma breve pesquisa nos sites de pesquisa jurisprudencial disponíveis dá conta de que o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal ainda não foram provocados a jurisdicionar em casos concretos de desapropriação judicial - os Tribunais de Justiça do Rio Grande do Sul e de São Paulo, também consultados durante a elaboração deste estudo, noticiam parcos precedentes, que serão analisados na segunda parte deste artigo. Curiosamente, em todos os precedentes analisados, o instituto teve negada a sua aplicação”. (MICHEL, Voltaire de Freitas. A trajetória doutrinária e judicial da desapropriação judicial: perspectivas e prognósticos (§§ 4º e 5º do art. 1.228 do Código Civil). *Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro*, Belo Horizonte, ano 21, n. 81, p. 143157, jan./mar. 2013.)

29 O conceito de desapropriação judicial dado pela doutrina: “É o ato pelo qual o juiz, em ação dominial (v.g., reivindicatória) ajuizada pelo proprietário, acolhendo defesa dos réus que exercem a posse-trabalho, fixa na sentença a justa indenização que deve ser paga por eles, réus, ao proprietário, após o que valerá a sentença como título translativo da propriedade, com ingresso no registro de imóveis em nome

A finalidade do instituto é assegurar o direito à moradia, previsto no art. 6º da Constituição Federal, bem como a função social da propriedade, visto que ocasiona a perda de uma das faculdades do proprietário, qual seja, o direito de sequela, em favor dos ocupantes que realizaram obras e serviços de interesse social no imóvel³⁰. Também, visa o instituto a fomentar a função social da propriedade, punindo severamente o proprietário que abandona seu imóvel, deixando que ocupações se consolidem pelo tempo³¹.

Há entendimentos acerca da inconstitucionalidade do referido instituto, sob o argumento de que seria uma forma de perda da propriedade sem expressa previsão constitucional, ferindo, assim, o direito de propriedade³². Entretanto, a crítica não procede. O direito de propriedade não é absoluto, devendo se submeter ao princípio da função social da propriedade; ademais, não há confisco, visto que o proprietário receberá a justa indenização pela perda da propriedade. Dessa forma, é compatível com a Constituição Federal a desapropriação judicial criada pelo vigente Código Civil³³.

Trata-se de instituto extremamente inovador que, se bem aplicado, poderá evitar situações de caos social verificadas no cumprimento de ordens judiciais de desocupações de imóveis ocupados por longo tempo, por numerosa massa de pessoas, geralmente com casos de confrontos e violência.

dos possuidores, que serão os novos proprietários". (NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. Código Civil Comentado. São Paulo: RT, 4. ed. 2006. p. 734.)

- 30 A finalidade do legislador era regularizar as inúmeras favelas urbanas, nesse sentido: "A intenção do legislador foi das melhores, sem dúvida, na tentativa de regularizar tantas e tantas ocupações urbanas e rurais neste país, que já se apresentaram como definitivas e consumadas". (VENOSA, Silvio de Salvo. *Código Civil Comentado: Direito das coisas, posse, direitos reais, propriedade, artigos 1.196 a 1.368, v. XII*. Coordenador: Álvaro Vilaça Azevedo. São Paulo: Atlas, 2006. p. 215.)
- 31 No mesmo sentido: "Referidos dispositivos contemplam novo instrumento dirigido à legalização dos inúmeros núcleos irregulares de moradia, com fundamento no art. 5º, inciso XXIII, da Constituição da República, que vincula a legitimidade do exercício da propriedade ao atendimento de sua função social". (TEPEDINO, Gustavo. *Comentários ao Código Civil: direito das coisas*, 14; coordenador Antônio Junqueira de Azevedo. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 258.)
- 32 Nesse sentido: "A primeira observação que se deve dirigir ao inciso é sua flagrante inconstitucionalidade. Somente a Constituição pode definir os casos de privação da propriedade, uma vez que é ela que assegura o direito de propriedade. A lei nova que priva o proprietário do seu direito, fora dos termos constitucionais, está ofendendo a cãnon que assegura aquele direito". (PEREIRA, Caio Mário da Silva. Crítica ao anteprojeto de Código Civil. *Revista Forense*, v. 242, p. 21, abr./jun. 1973.)
- 33 *1 Jornada de Direito Civil – Enunciado 82 – Art. 1.228: É constitucional a modalidade aquisitiva de propriedade imóvel prevista nos §§ 4º e 5º do art. 1.228 do novo Código Civil.*

Trata-se de uma forma compulsória de perda da propriedade. O titular do domínio do imóvel, mediante uma decisão judicial, é obrigado a suportar a perda da sua propriedade em troca de uma indenização. Essa perda compulsória da propriedade mediante indenização aproxima o instituto da desapropriação, razão pela qual a doutrina denominou o instituto criado nos §§ 4º e 5º do art. 1.228 de desapropriação judicial³⁴.

O instituto em tela não se confunde com a usucapião. Esta é causa originária de aquisição da propriedade que não ocasiona qualquer dever de indenização ao antigo proprietário privado da coisa. Se houver o preenchimento dos requisitos para a aquisição da propriedade pela usucapião, sequer se deve cogitar pela aplicação da desapropriação judicial, em razão da inexistência de direito do antigo proprietário a qualquer indenização.

Tem sido o instituto chamado de acessão invertida social³⁵. Invertida porque determina a adesão do imóvel às construções e social porque o critério determinante para inverter o principal e o acessório não é o valor da construção, tal como disciplinado nos arts. 1.258 e 1.255, mas sim o caráter social, atendendo a função social da moradia, caracterizada pela presença de obras e serviços de interesse social e econômico relevante³⁶.

Assim, a chamada desapropriação judicial não se confunde com a usucapião, sendo um instituto ímpar, onde se inverteu o princípio de que a acessão segue o terreno, em razão do interesse social decorrente de obras e serviços de interesse social e econômico relevantes no imóvel reivindicado³⁷.

34 Nesse sentido: “Estamos, aqui, diante de uma desapropriação indireta em favor do particular. Explicamos: o proprietário é privado da coisa esbulhada, recebendo uma indenização. Na verdade, sua pretensão era reaver a coisa, que estava ilicitamente em mãos de outrem. Pelas circunstâncias, que examinaremos, ele é privado do direito de propriedade em favor daqueles que utilizavam a coisa, recebendo uma indenização, que é o preço que, em avaliação se apurou”. (VIANA, Marco Aurélio da Silva. *Comentários ao Novo Código Civil, v. XVI: dos direitos reais*. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 63.)

35 Nesse sentido: RENTERÍA, Pablo. A aquisição da propriedade imobiliária pela acessão invertida social; análise dos parágrafos § 4º e 5º do art. 1.228 do Código Civil. *Revista Trimestral de Direito Civil*, v. 34, p. 89, abr./jun. 2008.

36 Cf. MICHEL, Voltaire de Freitas. A trajetória doutrinária e judicial da desapropriação judicial: perspectivas e prognósticos (§§ 4º e 5º do art. 1.228 do Código Civil). *Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro*, Belo Horizonte, ano 21, n. 81, p. 143-157, jan./mar. 2013.

37 Nesse sentido: “Os preceitos em exame, de fato, demonstram a opção do legislador pela acessão do imóvel à propriedade daqueles que, atendendo à função social da posse, desenvolveram sua atividade laboral e construíram sua moradia em terreno alheio, a justificativa social que aqui desponta torna irrelevante, ao contrário da previsão do art. 1.255, a eventual supremacia do valor patrimonial das construções, obras e

3 QUESTÕES PROCESSUAIS DE APLICABILIDADE DA DESAPROPRIAÇÃO JUDICIAL

O Código Civil disciplina a desapropriação judicial como uma defesa em ação reivindicatória³⁸ que levaria, se acolhida, à improcedência do pedido reivindicatório, com a fixação da indenização a ser paga ao proprietário³⁹.

Entretanto, entendemos que a lei disse menos do que deveria ter dito de forma expressa. Havendo o reconhecimento pelo ordenamento jurídico que o direito de seqüela decorrente da propriedade deve ceder havendo a existência de obras e serviços de interesse social e econômico relevante, não haveria porque restringir a exceção prevista em lei às ações reivindicatórias. Caso assim fosse, se o proprietário ingressasse com uma ação reivindicatória, não teria a propriedade devolvida e, se optasse por uma ação possessória, poderia desalojar todos os ocupantes, mesmo havendo obras e serviços de interesse social e econômico relevante⁴⁰.

Assim, deve-se estender a possibilidade de substituir a devolução do imóvel pela indenização a ser fixada pelo juízo, também em ações possessórias⁴¹. Por fim, na inércia do proprietário, deve-se permitir, em nome da segurança jurídica e estabilidade das relações sociais, que os próprios ocupantes ingressem com ação declaratória autônoma que possa reconhecer o preenchimento dos requisitos constantes dos §§ 4º e 5º do art. 1.228⁴².

serviços realizados sobre o valor do terreno". (TEPEDINO, Gustavo. *Comentários ao Código Civil*: direito das coisas, 14. Coordenador Antônio Junqueira de Azevedo. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 263.)

38 *I Jornada de Direito Civil – Enunciado 84 – Art. 1.228*: A defesa fundada no direito de aquisição com base no interesse social (art. 1.228, §§ 4º e 5º, do novo Código Civil) deve ser arguida pelos réus da ação reivindicatória, eles próprios responsáveis pelo pagamento da indenização.

39 *IV JORNADA DE DIREITO CIVIL – Enunciado 306 – Art. 1.228*: A situação descrita no § 4º do art. 1.228 do Código Civil enseja a improcedência do pedido reivindicatório.

40 Nesse sentido: "Outro ponto debatido acerca desse novo instituto envolve a discussão relativa à aplicação da desapropriação judicial apenas aos casos de ação reivindicatória, aquelas nas quais está em discussão o domínio, ou se também se aplica às hipóteses de ação possessória. Somos partidários da ideia de que a medida restaria efetivamente esvaziada se fosse exclusivamente aplicável no caso de ações reivindicatórias". (AMARAL, Luiz Fernando De Camargo Prudente Do. O princípio da socialidade e sua relação com as normas de usucapião imobiliária e desapropriação judicial no Código Civil de 2002. *Revista de Direito Privado*, v. 50, p. 373-399, abr./jun. 2012.)

41 *IV JORNADA DE DIREITO CIVIL – Enunciado 310 – Art. 1.228*: Interpreta-se extensivamente a expressão "imóvel reivindicado" (art. 1.228, § 4º), abrangendo pretensões tanto no juízo petitório quanto no possessório.

42 *V JORNADA DE DIREITO CIVIL – Enunciado 496 – O conteúdo do art. 1.228, §§ 4º e 5º*, pode ser objeto de ação autônoma, não se restringindo à defesa em pretensões reivindicatórias.

4 REQUISITOS PARA A DESAPROPRIAÇÃO JUDICIAL

Segundo o § 4º do art. 1228 do Código Civil, necessária a existência dos seguintes requisitos para a aplicação da desapropriação judicial: i) área extensa; ii) posse ininterrupta e de boa-fé; iii) considerável número de pessoas; iv) obras e serviços considerados pelo juiz de interesse social e econômico relevante; v) prazo mínimo de 5 anos.

Área extensa, se rural, deve ser superior a cinquenta hectares, limite previsto no art. 191 da Constituição Federal para a usucapião individual rural. Se a área for urbana, deve-se aplicar o art. 10 do Estatuto da Cidade, que estabelece uma área mínima de 250m² para a usucapião coletiva⁴³.

A posse de ininterrupta é aquela que teve continuidade, sem interrupção, sendo possível a sucessão na posse, na forma prevista no art. 1.207, para fins de perfazer o prazo de cinco anos. A posse de boa-fé, a princípio, seria a possuidor ignora o vício, ou o obstáculo que impede a aquisição da coisa e o possuidor com justo título tem por si a presunção de boa-fé, conforme decorre do art. 1.201 do Código Civil. Anoto, entretanto, que a finalidade do instituto em comento é a regularização de grandes ocupações consolidadas, como as favelas urbanas. Dessa forma, deve-se privilegiar a boa-fé objetiva, em detrimento da boa-fé subjetiva, pois todos sabem que os habitantes de uma favela sabem que não são proprietários do imóvel onde se localizam; entretanto, podem exercer atos que denotam boa-fé objetiva, qual seja, portando-se de forma externa como se fossem proprietários, realizando obras de interesse social. Assim, deve prevalecer a melhor posse, qual seja, aquela que atenda à função social⁴⁴, razão pela qual tem sido consagrado o entendimento da desnecessidade de boa-fé subjetiva⁴⁵.

O “número considerável de pessoas” deve ser apurado no caso concreto, visto que se trata de um conceito indeterminado. Entretanto, pode ser utilizado, por analogia, o critério previsto no art. 2º, IV da

43 Cf. TEPEDINO, Gustavo. *Comentários ao Código Civil: direito das coisas*, 14. Coordenador Antônio Junqueira de Azevedo. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 259.

44 Cf. TARTUCE, Flávio. A desapropriação judicial privada por posse-trabalho e o caso da favela Pullman. Semelhanças e diferenças. Concretizando a função social da propriedade e da posse. *Revista de Direito Privado*, v. 54, p. 129-160, abr./jun. 2013.

45 IV JORNADA DE DIREITO CIVIL- 309 – Art. 1.228: O conceito de posse de boa-fé de que trata o art. 1.201 do Código Civil não se aplica ao instituto previsto no § 4º do art. 1.228.

Lei 4.132/62, conforme sugestão de Gustavo Tepedino⁴⁶, ou seja, deve ser considerado o número mínimo de 10 famílias para que se caracterize uma ocupação que enseje a aplicação do instituto da desapropriação judicial.

A questão do interesse social e econômico das obras e serviços realizados pelos ocupantes também deve ser verificado caso a caso. Entretanto, deve-se entender que existe interesse econômico toda obra que fomente a produtividade e a geração de riquezas, como plantações e pequenos pontos comerciais, mesmo que irregulares⁴⁷. Praças, estradas, escolas, moradas e todas as construções que se destinem ao uso para moradia ou trabalho das pessoas ocupantes da vasta área são relevantes do ponto de vista social⁴⁸.

Por fim, em relação ao prazo, anoto que o prazo mínimo é de cinco anos e o prazo máximo será de 10 anos. Após 10 anos, tendo os ocupantes estabelecido no imóvel a sua moradia habitual, ou nele realizado obras ou serviços de caráter produtivo, não cabe mais falar em desapropriação judicial, visto que, terão adquirido a propriedade por usucapião, na forma do parágrafo único do art. 1238 do Código Civil.

5 APLICABILIDADE DA DESAPROPRIAÇÃO JUDICIAL AOS BENS PÚBLICOS

Os bens públicos são imprescritíveis, conforme preceitos constantes dos arts. 183, § 3 e 191, parágrafo único da Constituição Federal. Assim, vedada a aquisição de bens públicos por usucapião⁴⁹.

Nesse contexto, surge a questão da aplicabilidade da desapropriação judicial sobre bens públicos. A princípio, o entendimento foi pela

46 TEPEDINO, Gustavo. *Comentários ao Código Civil: direito das coisas*, 14. Coordenador Antônio Junqueira de Azevedo. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 259-260.

47 Sobre a necessidade da posse ter um interesse social ou econômico: “não basta ter a posse de extensa área, nem levantar nela obras, ou realizar serviços. O interesse social apresenta-se sempre que o imóvel se preste para o progresso social ou para o desenvolvimento da sociedade, estando o aspecto econômico vinculado à produtividade, à geração de riqueza”. (VIANA, Marco Aurélio da Silva. *Comentários ao Novo Código Civil*, v. XVI dos direitos reais. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 66.)

48 Cf. TEPEDINO, Gustavo. *Comentários ao Código Civil: direito das coisas*, 14. Coordenador Antônio Junqueira de Azevedo. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 260.

49 Há quem não concorde com a imprescritibilidade do bem público: “A Constituição de 1988, lamentavelmente, proibiu qualquer tipo de usucapião de imóvel público, quer na zona urbana (art. 183, § 3º), quer na área rural (art. 191, parágrafo único) ...”. (DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Direito administrativo*. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2004. p. 574.)

inaplicabilidade dos §§ 4º e 5º do art. 1.228 do novo Código Civil às ações reivindicatórias propostas pelo Poder Público⁵⁰.

O entendimento acima era incompatível com o princípio da função social da propriedade que se aplica também à propriedade pública⁵¹. Toda propriedade, inclusive a pública, deve cumprir a sua função social. Não é admissível que o Estado, cuja única razão de existir é a busca do interesse público, possa ter uma propriedade que não atenda a função social. O Estado, tal como o particular, não pode ser um especulador imobiliário; não pode ter um patrimônio imobiliário sem que o mesmo tenha uma finalidade de proporcionar satisfação ao interesse coletivo⁵².

Ademais, a desapropriação judicial não configura usucapião, visto que deverá haver o pagamento de uma indenização. O patrimônio público ficará incólume, visto que a propriedade vai ser substituída pela indenização correspondente⁵³. Assim, hoje, o entendimento é pela aplicação da desapropriação indireta aos bens públicos dominicais⁵⁴.

6 O VALOR DA JUSTA INDENIZAÇÃO

Justa indenização⁵⁵ é a indenização que permite ao proprietário que perdeu a sua propriedade adquirir um bem da mesma qualidade e/ou quantidade

50 *I Jornada de Direito Civil - 83 - Art. 1.228*: Nas ações reivindicatórias propostas pelo Poder Público, não são aplicáveis as disposições constantes dos §§ 4º e 5º do art. 1.228 do novo Código Civil.

51 Nesse sentido: "Afirmamos que o princípio da função social da propriedade ganhou contornos nítidos no ordenamento jurídico e que os seus efeitos incidem, também, sobre o domínio público, embora, às vezes, haja a necessidade de harmonizar o princípio da função social com outros princípios e com o interesse público". (ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da. *A função social da propriedade pública*. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 127.)

52 Sobre a função social do bem público: "A rigor, se na legalidade constitucional a propriedade se legitima a partir do cumprimento de sua função social, não há por que excluir do alcance do preceito constitucional o bem público dominical, que, com maior razão, deve ser destinado à satisfação dos objetivos fundamentais da República". (TEPEDINO, Gustavo. *Comentários ao Código Civil: direito das coisas, 14*; coordenador Antônio Junqueira de Azevedo. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 265.)

53 Nesse sentido: "A aplicação de tais dispositivos aos bens dominicais tampouco transgredir a regra proibitiva estabelecida nos arts. 183, § 3º, e 191, parágrafo único, da Constituição da República, tendo em vista que o instituto não configura usucapião. À diferença da usucapião, o instituto disciplinado nos §§ 4º e 5º do art. 1.228 do Código Civil impõe o pagamento de indenização em favor daquele que perde a propriedade, medida que, quando aplicada em favor de pessoas jurídicas de direito público, revela-se apta a tutelar a integridade do patrimônio público". (TEPEDINO, Gustavo. *Comentários ao Código Civil: direito das coisas, 14*. Coordenador Antônio Junqueira de Azevedo. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 266.)

54 *IV JORNADA DE DIREITO CIVIL - 304 - Art. 1.228*: São aplicáveis as disposições dos §§ 4º e 5º do art. 1.228 do Código Civil às ações reivindicatórias relativas a bens públicos dominicais, mantido, parcialmente, o Enunciado 83 da I Jornada de Direito Civil, no que concerne às demais classificações dos bens públicos.

55 Conforme Cretella Junior: "Justa indenização deverá ser a indenização, isto é, consistirá em quantia equivalente ao preço que a coisa alcançaria caso tivesse sido objeto de contrato normal (e não compulsório) de compra

que o perdido para o Estado pelo processo de desapropriação⁵⁶. A justa indenização, em regra, corresponde ao valor que o particular obteria se o bem fosse vendido no mercado⁵⁷, no momento em que é decretada a utilidade pública ou interesse social, não abrangendo, assim, a valorização decorrente da própria desapropriação⁵⁸. A indenização somente será justa se por ela se puder deixar o expropriado na situação econômica que desfrutava antes da expropriação⁵⁹. O critério de justiça há de ser encarado considerando o bem e o que ele representa na economia do proprietário⁶⁰.

A justa indenização visa a preservar o patrimônio do particular, garantindo a este a reposição integral⁶¹ do bem perdido, como também é uma garantia ao Estado expropriante de que este não pode pagar mais do que vale o imóvel⁶². A perda de uma propriedade, em razão da desapropriação judicial não pode representar o enriquecimento sem causa, seja para o responsável pelo pagamento da indenização, seja para o proprietário que perdeu sua propriedade.

e venda". (CRETILLA JUNIOR, José. *Tratado geral da desapropriação*. Rio de Janeiro: Forense, 1980, v. 2, p. 123)

56 Nesse sentido: "O papel da indenização é, a nosso ver, fazer entrar no patrimônio do expropriado um valor exatamente equivalente ao que apresentado, pelo bem de que foi despojado". (FERRAZ, Sérgio. *A justa indenização na desapropriação*. São Paulo: RT, 1978, p. 13)

57 Cf. JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 6. ed. 2010, p. 639

58 No mesmo sentido: "Outro aspecto dessa reflexão que também deve ser considerado é de que a indexação deve ser calculada com base no valor do imóvel no momento da declaração da intenção do poder público, excluindo assim quaisquer incrementos de valor posteriores à declaração da utilidade/necessidade pública ou de interesse social para fins de desapropriação". (FERNANDES, Edésio; ALFONSIN, Betânia. Revisitando o instituto da desapropriação: uma agenda de temas para reflexão. In: FERNANDES, Edésio; ALFONSIN, Betânia (Coord.). *Revisitando o instituto da desapropriação*. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 21-37.)

59 Nesse sentido: "Ou seja, a indenização havida como justa, pela sentença, segue-se que o *quantum* respectivo não pode sofrer diminuição, evitando-se que por esse motivo e na medida dessa diminuição, viesse a indenização deixar de ser justa". (ALVIM, Arruda. Desapropriação e valor no direito e na jurisprudência. In: *Revista de Direito Administrativo*, nº 102, outubro/dezembro 1970, p. 42-70.)

60 Cf. FAGUNDES, M. Seabra. *Da desapropriação no direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1949, p. 343

61 Nesse sentido: "Indenização justa é a que tem por finalidade apagar qualquer dano ou gravame. O proprietário deve ficar indene". (FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros: 8. ed. 2006, p. 336)

62 A Administração Pública não pode, sob pena de ofensa à legalidade, pagar mais do que vale o bem. Nesse sentido: "O que se busca é o justo valor do bem, e não qualquer valor oferecido ou contraposto, tabelado ou meramente indexado. Nem seria, de outra parte, coerente com o princípio da legalidade da Administração Pública admitir como aceitável um preço superior ao justo, exigível pela coisa expropriada". (FERRAZ, Sérgio. *A justa indenização na desapropriação*.) São Paulo: RT, 1978, p.

Não pode ser a desapropriação nem causa nem de empobrecimento e nem de enriquecimento do expropriado⁶³. Digna de menção é a afirmação de Sérgio Ferraz⁶⁴ no sentido de que “a desapropriação não pode servir de fundamento para o enriquecimento de alguns em detrimento de outros”.

Assim, se o valor da justa indenização é o valor de mercado do imóvel, caso o imóvel não tenha valor de mercado, não existe indenização alguma a ser paga. Imóveis ocupados por favelas, onde já existe uma situação consolidada que não tem como se desfazer, que o mercado, de modo algum, pagaria um centavo sequer por eles, pelo risco de aquisição por usucapião pelos ocupantes, não podem ser indenizados como se fossem imóveis aptos a serem comercializados⁶⁵, sob pena de enriquecimento ilícito do proprietário que conseguiria na desapropriação o que não conseguiria no mercado imobiliário⁶⁶.

Não são devidos juros compensatórios na desapropriação judicial. Imóveis sem qualquer destinação econômica, como os ocupados por um número considerável de pessoas, não dão lucro e a perda antecipada da

63 Nesse sentido: “A indenização deve ser justa e compreensiva do direito de todos os prejudicados, não sendo lícito ampliá-la de modo a sobrecarregar o desapropriante. A desapropriação não é meio de enriquecimento ilícito, como também não deve ser causa de forçado empobrecimento”. (WHITAKER, F. *Desapropriação*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 1946. p. 30.)

64 FERRAZ, Sérgio. *A justa indenização na desapropriação*. São Paulo: RT, 1978. p. 27

65 O Tribunal de Justiça de São Paulo já decidiu no sentido de desvalorizar imóvel ocupado por favela: “Ementa: DESAPROPRIAÇÃO - Pretensão de reduzir o valor da indenização – Inadmissibilidade - Prevalência do trabalho técnico realizado e que apresenta valores compatíveis com o mercado imobiliário - Redução do valor do imóvel em razão da existência de área “non aedificandi” e da existência de favela - Depreciação considerada pelo perito oficial - Juros moratórios em 6% com o termo inicial de acordo com o artigo 15-B do Decreto-Lei n° 3.365/41, alterado pela Medida Provisória n° 2.183-56, de 24 de agosto de 2001, por estar em vigor no momento da propositura da ação - Recurso voluntário da Municipalidade desprovido e reexame necessário parcialmente provido.” (TJ/SP, proc. 0371701-36.2009.8.26.0000, Apelação / Desapropriação, Relator: Samuel Júnior, Comarca: São Bernardo do Campo, Órgão julgador: 2ª Câmara de Direito Público, Data do julgamento: 19/10/2010, Data de registro: 13/12/2010)

66 Nesse sentido: “De mais a mais, é comum nas desapropriações de imóveis ocupados pela população de baixa renda, quando da elaboração dos laudos de avaliação, desconsiderar-se a ocupação existente, enquadrando-se o imóvel em sua forma paradigma como livre e desembaraçado de ônus de qualquer natureza. Esse procedimento ocorre sob a alegação da inexistência de amostra significativa de imóveis em situação semelhante que represente uma estatística segura para que se proceda à depreciação, sem que com isso corra o risco de haver inserção no laudo de elementos da subjetividade do perito, influenciando assim na formação do preço do imóvel”. (LIMA, Adriana Nogueira Vieira; MACEDO FILHO, Edson. *Desapropriação em áreas urbanas de assentamentos informais: limites e alternativas a sua aplicação*. In: FERNANDES, Edésio; ALFONSIN, Betânia (Coord.). *Revisitando o instituto da desapropriação*. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 220/238.

posse não acarreta qualquer prejuízo⁶⁷. Como o proprietário não exercia, de fato, a posse do imóvel, permitindo a ocupação dele por um número considerável de pessoas, não há prejuízo decorrente da perda da posse a indenizar, razão pela qual não são devidos juros compensatórios⁶⁸. Vantagens hipotéticas não podem ser indenizadas⁶⁹.

Assim, o imóvel onde será aplicado o instituto da desapropriação judicial não pode ser avaliado, para fins de indenização, como se fosse uma área livre e de pronta comercialização, não podendo, assim, ter o valor de mercado⁷⁰. Deve-se levar em conta, no cálculo da indenização, a desvalorização do imóvel decorrente da ocupação por considerável número de pessoas⁷¹. E, em hipótese alguma, pode ser acrescido ao valor da indenização juros compensatórios⁷².

67 “Os juros compensatórios somente são devidos quando restar demonstrado que a exploração econômica foi obstada pelos efeitos da declaração expropriatória”. (RSTJ 132/184). In: NEGRÃO, Theotonio. *Código de Processo Civil e legislação processual em vigor*. São Paulo: Saraiva, 41. ed. 2009. p. 1417

68 Nesse sentido: “De outra parte, contudo, se verdade é que a finalidade dos juros compensatórios é aquela reiteradamente proclamada nesse trabalho, de todo descabe essa cominação quando não tenha havido imissão na posse do bem. Torna-se evidente, às escâncaras, que, nessa hipótese, não há incidência da figura dos lucros cessantes. Igualmente descabem tais juros quando o bem não produzia renda, não tendo havido, pelo desapossamento, prejuízo para o expropriado...nesses casos não há ouira e simplesmente que se falar em juros compensatórios, por não haver situação patrimonial a compensar. Quando muito caberá tão apenas a incidência de juros moratórios pelo retardo no pagamento da indenização”. (FERRAZ, Sérgio. *A justa indenização na desapropriação*. São Paulo: RT, 1978. p. 73). Em sentido contrário: “Não importa, pois, que o imóvel não esteja produzindo renda no momento da ocupação pelo expropriante, porque mesmo nessa hipótese o STF já deixou estabelecido que os juros compensatórios serão devidos em virtude de que, desde aquele momento da ocupação, a incidência dos juros compensatórios remunera o capital desembolsado pelo proprietário com a perda da posse”. (SALLES, José Carlos de Moraes. *A Desapropriação à Luz da Doutrina e da Jurisprudência*. 5. ed. São Paulo: RT, 2006. p. 379.); entretanto, com o devido respeito, argumentar que os juros são devidos porque o STF já deixou estabelecido não é a melhor forma de enfrentar a questão...

69 No mesmo sentido: “Não são computadas as vantagens hipotéticas, mas somente as utilidades certas. Não influem, outrossim, as valorizações advindas da malícia do proprietário ou do próprio ato de desapropriação”. (WHITAKER, F. *Desapropriação*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 1946. p. 47)

70 III Jornada de Direito Civil – Enunciado 240 - Art. 1.228: A justa indenização a que alude o § 5º do art. 1.228 não tem como critério valorativo, necessariamente, a avaliação técnica lastreada no mercado imobiliário, sendo indevidos os juros compensatórios.

71 Nesse sentido: “A propósito, afigura-se mesmo difícil atribuir justo valor à propriedade, que se desvaloriza precisamente pela ocupação irregular promovida por grupo considerável de pessoas. De outra parte, é intuitivo que a indenização não deve incluir as benfeitorias e as construções realizadas pelos próprios possuidores”. (TEPEDINO, Gustavo. *Comentários ao Código Civil: direito das coisas*, 14; coordenador Antônio Junqueira de Azevedo. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 264.)

72 No mesmo sentido: “Assim, é cediço que os juros compensatórios destinam-se a ressarcir o expropriado pelo impedimento do uso e gozo econômico do imóvel, atenuando o impedimento de fruição dos rendimentos derivados do bem, reparando o que o proprietário deixou de lucrar com a medida restritiva do ente público. Apura-se que não é esta a situação verificada no instituto em estudo, posto que não houve interrupção das

A disciplina legal de desapropriação judicial não estabelece o prazo para o pagamento da indenização. A solução vai variar de acordo com o entendimento acerca de quem é o responsável pelo pagamento da indenização. Caso o responsável pela indenização sejam os particulares ocupantes, deve a sentença estabelecer um prazo que, se descumprido, ocasiona a procedência do pedido reivindicatório, com a consequente obrigação dos ocupantes de saírem do imóvel, mediante o pagamento a ser feito pelos proprietários das acessões e benfeitorias realizadas⁷³. E, não diligenciando o proprietário para que os ocupantes paguem a indenização, pode haver a prescrição do direito à indenização e consequente consolidação da propriedade para os ocupantes⁷⁴.

7 O RESPONSÁVEL PELO PAGAMENTO DA INDENIZAÇÃO NA DESAPROPRIAÇÃO JUDICIAL

A questão mais tormentosa da desapropriação judicial é estabelecer quem é o responsável pelo pagamento da indenização. Tal análise não tem sido devidamente tratada pela doutrina e pela Jurisprudência, sendo uma das principais causas de ineficácia do instituto.

Não se pode perder de vista que o instituto, apesar de formulado para, principalmente, regularizar ocupações urbanas consolidadas (favelas) também pode ser utilizado por pessoas que não apresentam a característica de hipossuficiência econômica⁷⁵. Assim, já podemos concluir que, tendo os ocupantes possibilidade material de pagar o valor da indenização, estes

atividades lucrativas do titular do domínio, como sucede nas desapropriações, não se podendo, assim, falar em restrições dos rendimentos deste, até mesmo porque se caracterizou um presumido abandono do bem pelo titular, objeto desta posse pro labore". (GUIMARÃES, Luís Paulo Cotrim. Desapropriação judicial no Código Civil. *Revista dos Tribunais*, v. 833, p. 97, mar. 2005).

73 Sobre o prazo do pagamento: "A primeira questão prática é o prazo para o pagamento da indenização, que não está previsto; a segunda, é o não-pagamento da indenização. No silêncio da disposição do parágrafo em estudo pensamos que o melhor caminho seria a sentença estabelecer um prazo para o pagamento, findo o qual o bem seria restituído ao proprietário, mediante o prévio pagamento da indenização pelas construções e benfeitorias levantadas pelos invasores, observando-se o que a respeito dispõe o diploma civil na disciplina da posse de boa-fé". (VIANA, Marco Aurélio da Silva. *Comentários ao Novo Código Civil*, v. XVI: dos direitos reais. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 67.)

74 IV JORNADA DE DIREITO CIVIL – 311 – Caso não seja pago o preço fixado para a desapropriação judicial, e ultrapassado o prazo prescricional para se exigir o crédito correspondente, estará autorizada a expedição de mandado para registro da propriedade em favor dos possuidores.

75 Nesse sentido: "Cabe-nos esclarecer que o texto em questão não faz distinções em relação à condição socioeconômica dos possuidores, não sendo lícito determinar, em sede conclusiva, que a desapropriação judicial se volta apenas à população de baixa renda, por mais que esse seja o uso mais provável". (AMARAL, Luiz Fernando De Camargo Prudente Do. O princípio da socialidade e sua relação com as normas de usucapião imobiliária e desapropriação judicial no Código Civil de 2002. *Revista de Direito Privado*, v. 50, p. 373 – 399, abr./jun. 2012.)

devem ser os únicos responsáveis por tal pagamento, não cabendo qualquer responsabilidade do Poder Público, visto que se trataria, apenas, de uma hipótese de acessão⁷⁶.

Entretanto, se os ocupantes do imóvel forem pessoas carentes, como ocorre nas grandes favelas urbanas, exigir que estas paguem a indenização significa tornar o novel instituto letra morta⁷⁷. Assim, em regra, a responsabilidade pelo pagamento da indenização será atribuída ao Estado. Porém, a atribuição da responsabilidade de pagamento da indenização ao Estado deve se dar de forma compatível a responsabilidade fiscal e com a disciplina constitucional de intervenção estatal na propriedade que não cumpre sua função social, conforme se demonstrará abaixo.

8 O PODER PÚBLICO COMO O RESPONSÁVEL PELO PAGAMENTO DA INDENIZAÇÃO NA DESAPROPRIAÇÃO JUDICIAL

Se os ocupantes do imóvel que será objeto da desapropriação judicial forem economicamente hipossuficientes, a responsabilidade pelo pagamento da indenização será do Estado⁷⁸.

Entretanto, tal forma de atribuição de responsabilidade ao Estado do pagamento da indenização do imóvel ocupado por número considerável de pessoas não pode se dar mediante a atribuição do Poder Judiciário do poder de determinar a política pública habitacional do Poder Executivo⁷⁹.

76 No sentido de que o Estado não pode ser o responsável pelo pagamento: “Pode-se afirmar com segurança que, como em qualquer outra modalidade de acessão, não é o Estado, mas são os possuidores que pretendem adquirir o domínio do imóvel os responsáveis pelo pagamento da indenização prevista no § 5º do art. 1.228”. (RENTERÍA, Pablo. A aquisição da propriedade imobiliária pela acessão invertida social; análise dos parágrafos § 4º e 5º do art. 1.228 do Código Civil. *Revista Trimestral de Direito Civil*, v. 34, p. 89, abr./jun. 2008.)

77 Nesse sentido: “Na prática, porém, pode tratar-se de pessoas muito pobres, o que inviabilizaria a dita indenização”. (FIÚZA, César. *Direito Civil*. 13. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2009. p. 855)

78 A sugestão de que o Estado fosse o responsável pelo pagamento foi proposta por Nelson Nery Junior: “Como pode haver desapropriação, pelo poder público, por interesse social, o instituto criado pelo CC 1128 §§ 4º e 5º pode evoluir no sentido de que o poder público venha a ter responsabilidade pelo pagamento da indenização, pois a ele cabe o poder-dever de fazer a reforma agrária e a posse-trabalho, nas circunstâncias mencionadas pela norma comentada, é instrumento de realização da função social da propriedade”. (NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código Civil Comentado*. 4. ed. São Paulo: RT, 2006. p. 735).

79 Nesse sentido: “Com efeito, a Constituição de 1988 não parece confortar a possibilidade de execução da política urbana por meio de desapropriação judicial ou, enfrentando a questão de frente, através de decisões judiciais (admitindo-se, para argumentar, sua natureza de desapropriação”. (MICHEL, Voltaire de Freitas. A trajetória doutrinária e judicial da desapropriação judicial: perspectivas e prognósticos (§§ 4º e 5º do art. 1.228 do Código Civil). *Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro*, Belo Horizonte, ano 21, n. 81, p. 143-157, jan./mar. 2013.)

Tal conclusão levaria à inconstitucionalidade do instituto, por ofensa ao princípio da separação dos Poderes⁸⁰.

Ademais, processualmente, não haveria como obrigar o Estado a cumprir um provimento judicial proferido num feito do qual sequer foi parte⁸¹. Para que a sentença possa ter eficácia contra o Estado, deve este ser chamado à lide, e, caso seja responsabilizado, deve a decisão judicial determinar apenas o cumprimento das normas de política urbana e agrária já previstas na Constituição Federal⁸², não podendo, assim, determinar o pagamento da indenização em dinheiro, visto que tal determinação ofenderia o princípio da separação dos poderes e inviabilizaria o orçamento público, conforme abaixo se demonstrará.

8.1 QUESTÕES ORÇAMENTÁRIAS E A RESPONSABILIDADE DO PAGAMENTO DA INDENIZAÇÃO PELO ESTADO

Mesmo sendo o direito à moradia um direito social, a concretização dele depende da existência de verbas orçamentárias⁸³. Dessa forma, o Poder Judiciário não poderá, simplesmente, condenar o Poder Público a pagar a indenização ao proprietário de todo imóvel sujeito à disciplina de

80 No mesmo sentido: "A própria constitucionalidade dos dispositivos ficaria ameaçada se o instituto fosse interpretado como instrumento de execução de política urbana sob a responsabilidade do Poder Judiciário". (MICHEL, Voltaire de Freitas. A trajetória doutrinária e judicial da desapropriação judicial: perspectivas e prognósticos (§§4º e 5º do art. 1.228 do Código Civil). *Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro*, Belo Horizonte, ano 21, n. 81, p. 143-157, jan./mar. 2013.)

81 Nesse sentido: "Do ponto de vista técnico, o instituto em espécie não pode ser assimilado nem a modalidade de usucapião – tendo em vista a expressa previsão de indenização em favor do proprietário prejudicado -, nem a modalidade de desapropriação – que, além de constituir ato privativo da Administração Pública submetido aos procedimentos próprios do direito administrativo, depende, ainda, de previsão orçamentária. Tampouco a hipótese legal configura desapropriação indireta, pois o direito do proprietário à indenização não pressupõe participação direta ou indireta da Administração na ininterrupta ocupação irregular do imóvel pelos possuidores. Além disso, a assimilação a uma nova modalidade de desapropriação, a imputar ao Estado o pagamento da indenização devida, importaria em dificuldades processuais, tendo em vista a necessidade de integrá-lo à relação processual da qual não faz parte". (TEPEDINO, Gustavo. *Comentários ao Código Civil: direito das coisas*, 14. Coordenador Antônio Junqueira de Azevedo. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 261-262.)

82 *IV JORNADA DE DIREITO CIVIL - 308 – Art. 1.228: A justa indenização devida ao proprietário em caso de desapropriação judicial (art. 1.228, § 5º) somente deverá ser suportada pela Administração Pública no contexto das políticas públicas de reforma urbana ou agrária, em se tratando de possuidores de baixa renda e desde que tenha havido intervenção daquela nos termos da lei processual. Não sendo os possuidores de baixa renda, aplica-se a orientação do Enunciado 84 da I Jornada de Direito Civil.*

83 "O conteúdo dos direitos fundamentais sociais, como direitos a prestações, não resulta formulado "a priori". Depende essencialmente do contexto em que esses direitos resultam concretizados, dos meios disponíveis, da riqueza acumulada, enfim, do estado da economia". (QUEIROZ, Cristina. *Direitos Fundamentais Sociais*. Coimbra: Coimbra, 2006. p.136-139)

desapropriação judicial, sob pena de impossibilidade de cumprimento da referida decisão por falta de recursos orçamentários⁸⁴.

A Constituição Federal, no art. 167, veda a o início de programas ou projetos não incluídos na lei orçamentária anual, bem como a realização de despesas ou a assunção de obrigações diretas que excedam os créditos orçamentários ou adicionais. Ademais, a Lei Complementar 101/2001 determina, em seu art. 16, que a criação, expansão ou aperfeiçoamento de ação governamental que acarrete aumento da despesa deverá acompanhado de estimativa do impacto orçamentário-financeiro no exercício em que deva entrar em vigor e nos dois subsequentes e de declaração do ordenador da despesa de que o aumento tem adequação orçamentária e financeira com a lei orçamentária anual e compatibilidade com o plano plurianual e com a lei de diretrizes orçamentárias. Tais condições são condição prévia para a desapropriação de imóveis urbanos (§ 4º, II do art. 16).

Assim, é incompatível com a Constituição Federal e com a Lei de Responsabilidade Fiscal a determinação judicial de que o Estado pague a indenização fixada ao proprietário em razão da ocupação de vasta área por considerável número de pessoas, em razão das obras e serviços de interesse social.

Entretanto, conforme abaixo demonstraremos, é possível dar efetividade ao instituto da desapropriação judicial mediante o uso dos instrumentos previstos na Constituição Federal para punir o proprietário que não cumpre a função social da propriedade.

8.2 A DESAPROPRIAÇÃO JUDICIAL COMO INSTRUMENTO PARA A DESAPROPRIAÇÃO-SANÇÃO DO IMÓVEL QUE NÃO CUMPRE A FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE

Uma forma de proporcionar efetividade à desapropriação judicial prevista nos §§ 4º e 5º do art. 1228, preservando a disponibilidade orçamentária dos entes da Federação, no caso de ocupantes economicamente

⁸⁴ “O entendimento de que o Poder Público ostenta a condição de satisfazer todas as necessidades da coletividade ilimitadamente, seja na saúde ou em qualquer outro segmento, é utópico; pois o aparelhamento do Estado, ainda que satisfatório aos anseios da coletividade, não será capaz de suprir as infundáveis necessidades de todos os cidadãos. Esse cenário, como já era de se esperar, gera inúmeros conflitos de interesse que vão parar no Poder Judiciário, a fim de que decida se, nesse ou naquele caso, o ente público deve ser compelido a satisfazer a pretensão do cidadão. E o Poder Judiciário, certo de que atua no cumprimento da lei, ao imiscuir-se na esfera de alçada da Administração Pública, cria problemas de toda ordem, como desequilíbrio de contas públicas, o comprometimento de serviços públicos, dentre outros. De nada adianta uma ordem judicial que não pode ser cumprida pela Administração por falta de recursos. Recurso ordinário não provido”. (STJ - RMS 28.962/MG, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 25/08/2009, DJe 03/09/2009)

hipossuficientes, seria usar das ferramentas previstas na Constituição Federal para sancionar o proprietário que não cumpre a função social da propriedade. O Poder Público, diante do não cumprimento da função social da propriedade, é obrigado a sancionar o proprietário omissor, podendo tal sanção levar à perda da propriedade⁸⁵.

Segundo o § 4º III do art. 182 da Constituição Federal, é permitido ao Município, em relação aos imóveis urbanos que não cumprem sua função social, a desapropriação com pagamento mediante títulos da dívida pública de emissão previamente aprovada pelo Senado Federal, com prazo de resgate de até dez anos, em parcelas anuais, iguais e sucessivas, assegurados o valor real da indenização e os juros legais.

É perfeitamente possível o uso da desapropriação sanção prevista no dispositivo acima, mesmo sem o prévio parcelamento ou edificação compulsórios e imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana progressivo no tempo sobre a propriedade predial e territorial urbana progressivo no tempo, previstos nos incisos I e II, visto que estas medidas se destinam a coagir o proprietário a cumprir a função social. Quando presentes os requisitos da desapropriação judicial prevista nos §§ 4º e 5º do art. 1.228, não há mais possibilidade, ou não é conveniente, se reverter a situação fática da ocupação de vasta área por considerável número de pessoas que ali realizaram obras e serviços de interesse social relevante.

Caso o imóvel seja rural, caberá à União, na forma do art. 184 da Constituição Federal, desapropriar por interesse social, para fins de reforma agrária, mediante prévia e justa indenização em títulos da dívida agrária, com cláusula de preservação do valor real, resgatáveis no prazo de até vinte anos, a partir do segundo ano de sua emissão, e cuja utilização será definida em lei.

Assim, o Judiciário, verificando os requisitos dos §§ 4º e 5º do art. 1.228 do Código Civil, deverá intimar a União ou Município, caso o imóvel esteja, respectivamente, na zona rural ou urbana, para que se manifeste acerca da possibilidade de efetuar a desapropriação sanção

Tal possibilidade dá efetividade ao instituto, visto que não atribui a responsabilidade pelo pagamento da indenização a quem, notoriamente,

85 Nesse sentido: "Disso se segue que, diante das leis definidoras da função social da propriedade, encontra-se o Poder Público no dever de impor uma atuação positiva ao proprietário, sob penalidades inscritas no ordenamento, que, logicamente, devem conduzir à extinção do uso nocivo ou do não-uso e, se preciso for, com conseqüente expropriação". (BEZOS, Clóvis. *Aspectos jurídicos da indenização na desapropriação*. Belo Horizonte: Fórum, 2006. p. 110)

não pode pagar, bem como preserva o equilíbrio orçamentário dos entes da Federação.

9 CONCLUSÕES

A propriedade passou a ser uma função social e ao mesmo tempo um direito subjetivo. Sem o cumprimento da função social da propriedade, não existe proteção integral do ordenamento jurídico ao proprietário omissivo.

O legislador, nos §§ 4º e 5º do Código Civil inseriu no direito positivo nacional a denominada “desapropriação judicial”. Trata-se de instituto novo, criado pelo legislador nacional e sem precedentes no direito comparado que tem a função de assegurar a função social da propriedade, garantir o direito à moradia e pode ser um importante instrumento da política urbana e de reforma agrária.

A desapropriação judicial pode ser matéria de defesa em ações reivindicatórias e possessórias. Por fim, na inércia do proprietário, deve-se permitir, em nome da segurança jurídica e estabilidade das relações sociais, que os próprios ocupantes ingressem com ação declaratória autônoma que possa reconhecer o preenchimento dos requisitos constantes dos §§ 4º e 5º do art. 1228.

Área extensa, se rural, deve ser superior a cinquenta hectares, limite previsto no art. 191 da Constituição Federal para a usucapião individual rural. Se a área for urbana, deve-se aplicar o art. 10 do Estatuto da Cidade, que estabelece uma área mínima de 250m² para a usucapião coletiva.

A posse de ininterrupta é aquela que teve continuidade, sem interrupção, sendo possível a sucessão na posse, na forma prevista no art. 1.207, para fins de perfazer o prazo de cinco anos.

A finalidade principal da desapropriação judicial é a regularização de grandes ocupações consolidadas, como as favelas urbanas. Dessa forma, deve-se privilegiar a boa-fé objetiva, em detrimento da boa-fé subjetiva, pois todos sabem que os habitantes de uma favela sabem que não são proprietários do imóvel onde se localizam; entretanto, podem exercer atos que denotam boa-fé objetiva, qual seja, portando-se de forma externa como se fossem proprietários, realizando obras de interesse social.

O “número considerável de pessoas” deve ser apurado no caso concreto, visto que se trata de um conceito indeterminado. Entretanto, o mínimo deve ser o de 10 famílias, conforme critério do art. 2º, IV da Lei 4.132/62.

A questão do interesse social e econômico das obras e serviços realizados pelos ocupantes também deve ser verificado caso a caso. Entretanto, deve-se entender que existe interesse econômico toda obra que fomente a produtividade e a geração de riquezas, como plantações e pequenos pontos comerciais, mesmo que irregulares.

O prazo mínimo de posse é de cinco anos e o prazo máximo será de 10 anos. Após 10 anos, tendo os ocupantes estabelecido no imóvel a sua moradia habitual, ou nele realizado obras ou serviços de caráter produtivo, não cabe mais falar em desapropriação judicial, visto que, terão adquirido a propriedade por usucapião, na forma do parágrafo único do art. 1238 do Código Civil.

Os bens públicos podem ser objeto de desapropriação judicial, visto que este instituto não se confunde com a usucapião, havendo a substituição do bem pela indenização a ser fixada pelo Judiciário. Ademais, os bens públicos também devem cumprir a sua função social.

A indenização deve ser calculada sem juros compensatórios, bem como levando-se em os fatores de desvalorização decorrentes das ocupações irregulares, não podendo, de forma alguma, o proprietário receber uma indenização equivalente a um imóvel desocupado, sob pena de enriquecimento ilícito.

O responsável pelo pagamento da indenização deve ser decidido no caso concreto. Se os ocupantes tiverem condições financeiras de pagar o valor da indenização, não cabe qualquer responsabilização do Poder Público.

Caso os ocupantes sejam economicamente hipossuficientes, o Poder Público poderá assumir o pagamento das indenizações, aplicando as normas constitucionais que regem a política urbana e de reforma agrária, devendo realizar a desapropriação-sanção prevista dos artigos 182 e 184 da Constituição Federal, mediante pagamento em títulos.

REFERÊNCIAS

ALVIM, Arruda. *Comentários ao Código Civil Brasileiro*. v. XI – tomo I. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

_____. Desapropriação e valor no direito e na jurisprudência. In: *Revista de Direito Administrativo*, nº 102, p. 42-70, out./dez. 1970.

AMARAL, Luiz Fernando De Camargo Prudente Do. O princípio da socialidade e sua relação com as normas de usucapião imobiliária e desapropriação judicial no Código Civil de 2002. *Revista de Direito Privado*, v. 50, abr./jun. 2012.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

BEZDOS, Clovis. Desapropriação em nome da política urbana. In: DALLARI, Dalmo de Abreu; FERRAZ, Sergio. *Estatuto da cidade: comentários à Lei Federal 10.257/2001*. São Paulo: Malheiros, 2002.

_____. *Aspectos jurídicos da indenização na desapropriação*. Belo Horizonte: Fórum, 2006.

CRETELLA JUNIOR, José. *Tratado geral da desapropriação*. Rio de Janeiro: Forense, 1980.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

DINIZ, Maria Helena. *Código Civil Anotado*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

DUGUIT, Léon. *Las transformaciones del derecho publico y privado*. Buenos Aires: Heliasta, 1975.

FAGUNDES, M. Seabra. *Da desapropriação no direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1949.

FERNANDES, Edésio; ALFONSIN, Betânia. Revisitando o instituto da desapropriação: uma agenda de temas para reflexão. In: FERNANDES, Edésio; ALFONSIN, Betânia (Coord.). *Revisitando o instituto da desapropriação*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

FERRAZ, Sérgio. *A justa indenização na desapropriação*. São Paulo: RT, 1978.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de Direito Administrativo*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

FIÚZA, César. *Direito Civil*. 13. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

GARCIA, Maria. *Inconstitucionalidades da lei das desapropriações: a questão da revenda*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

GOMES, Orlando. *Direitos Reais*. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

GUIMARÃES, Luís Paulo Cotrim. Desapropriação judicial no Código Civil. *Revista dos Tribunais*, v. 833, p. 97, mar. 2005.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 6. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

LIMA, Adriana Nogueira Vieira; MACEDO FILHO, Edson. Desapropriação em áreas urbanas de assentamentos informais: limites e alternativas a sua aplicação. In: FERNANDES, Edésio; ALFONSIN, Betânia (Coord.). *Revisitando o instituto da desapropriação*. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 220/238.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Novos aspectos da função social da propriedade. In: *Revista de Direito Público*, n. 84, p. 43-44, out./dez. 1987.

MICHEL, Voltaire de Freitas. A trajetória doutrinária e judicial da desapropriação judicial: perspectivas e prognósticos (§§4º e 5º do art. 1.228 do Código Civil). *Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro*, Belo Horizonte, ano 21, n. 81, p. 143-157, jan./mar. 2013.

NAKAMURA, André Luiz dos Santos. *A justa e prévia indenização na desapropriação*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

NEGRÃO, Theotonio. *Código de Processo Civil e legislação processual em vigor*. 41. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código Civil Comentado*. 4. ed. São Paulo: RT, 2006.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. Crítica ao anteprojeto de Código Civil. *Revista Forense*, v. 242, p. 21, abr./jun.1973.

PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

QUEIROZ, Cristina. *Direitos Fundamentais Sociais*. Coimbra: Coimbra, 2006.

RENTERÍA, Pablo. A aquisição da propriedade imobiliária pela acessão invertida social; análise dos parágrafos § 4º e 5º do art. 1228 do Código Civil. *Revista Trimestral de Direito Civil*, v. 34, p. 89, abr./jun. 2008.

ROCHA, Silvio Luís Ferreira da. *A função social da propriedade pública*. São Paulo: Malheiros, 2005.

SALLES, José Carlos de Moraes. *A Desapropriação à Luz da Doutrina e da Jurisprudência*. 5. ed. São Paulo: RT, 2006.

SILVA, Ildefonso Mascarenhas. *Desapropriação por necessidade e utilidade pública*. Rio de Janeiro: Aurora Limitada, 1947.

SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivo*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

SUNDFELD, Carlos Ari. A função social da propriedade In: DALLARI, Adilson Abreu; FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Temas de direito urbanístico -1*. São Paulo: RT, 1987.

TARTUCE, Flávio. A desapropriação judicial privada por posse-trabalho e o caso da favela Pullman. Semelhanças e diferenças. Concretizando a função social da propriedade e da posse. *Revista de Direito Privado*, v. 54, p. 129-160, abr./jun. 2013.

TEPEDINO, Gustavo. In: AZEVEDO, Antônio Junqueira (coord.). *Comentários ao Código Civil: direito das coisas*, v. 14, São Paulo: Saraiva, 2011.

VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito Civil: Direitos Reais*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

_____. In: AZEVEDO, Álvaro Vilaça (coord.). *Código Civil Comentado: Direito das coisas, posse, direitos reais, propriedade*, artigos 1.196 a 1.368, v. XII. São Paulo: Atlas, 2006.

VIANA, Marco Aurélio da Silva. *Comentários ao Novo Código Civil. v. XVI: dos direitos reais*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

WHITAKER, F. *Desapropriação*. 3. ed. São Paulo: Atlas.

RECEBIDO EM: 04/02/2016

APROVADO EM: 20/06/2016

OS CONCEITOS DE MAR TERRITORIAL E DE ZONA ECONÔMICA EXCLUSIVA E SUAS INFLUÊNCIAS SOBRE A COBRANÇA TRIBUTÁRIA DO ISS

*THE CONCEPTS OF TERRITORIAL SEA AND EXCLUSIVE
ECONOMIC ZONE AND THEIR INFLUENCES ON ISS TAX
COLLECTION*

Daniel Vieira Marins

Mestre e Doutorando em Direito pela UERJ (Finanças Públicas, Tributação & Desenvolvimento). Pós-graduado em Direito Público pela UFF

Gustavo da Gama Vital de Oliveira

Professor Adjunto de Direito Financeiro da UERJ

Doutor em Direito Público pela UERJ

Procurador do Município do Rio de Janeiro. Advogado

SUMÁRIO: Introdução; 1 O mar territorial e a zona econômica exclusiva: conceitos e aspectos legais; 2 As hipóteses de incidência dos impostos e a sua aplicação no mar territorial e a zona econômica exclusiva; 3 O Imposto sobre Serviços (ISS): “local da prestação do serviço” *versus* “local do estabelecimento” do prestador de serviço; 4 Conclusão; Referências.

RESUMO: Este artigo demonstra que os conceitos de mar territorial e de zona econômica exclusiva são importantes para compreender a polêmica referente aos conflitos entre Municípios na cobrança do ISS. No texto, os autores defendem que a tese do “local da prestação do serviço” deve ser rejeitada em favor do local em que é estabelecida a sede ou filial da empresa que presta o serviço em área marítima. Por fim, é destacado que o domicílio, ao ser usado como um parâmetro para se exigir o ISS, protege a segurança jurídica do contribuinte, a elaboração e a previsibilidade do orçamento municipal. Além disso, valoriza-se o papel da lei complementar.

PALAVRAS-CHAVE: Federalismo Fiscal. Competência Tributária. Mar Territorial. Zona Econômica Exclusiva.

ABSTRACT: This article demonstrates that the concepts of territorial sea and exclusive economic zone are important to understand the controversy regarding the conflicts between Municipalities in the collection of ISS. In the text the present authors defend that the thesis of the “place of service execution” must be rejected in favor of the place in which it is established the headquarters or the branch of the company that provides the service in maritime area. Finally, it is highlighted that the domicile used as a parameter to require the ISS protects not only the legal security of the taxpayer but also the development and the predictability of the municipal budget. More than that, it appraises the role of complementary law.

KEYWORDS: Fiscal Federalism. Tax Competence. Territorial Sea. Exclusive Economic Zone.

INTRODUÇÃO

Principalmente em razão das lucrativas atividades da chamada “indústria do petróleo”, diversos Municípios têm buscado exercer sua competência tributária sobre serviços executados em áreas marítimas. Para tanto, os Municípios da costa brasileira vêm exigindo o Imposto sobre Serviços (ISS) sobre as prestações de serviços realizadas no mar territorial, ou mesmo na zona econômica exclusiva, desde que próximas ou em área frontal ao seu território. Contudo, outros Municípios, em cujo território estas mesmas empresas prestadoras de serviço são estabelecidas, também têm cobrado o ISS, com base na localização da pessoa jurídica que realizou o serviço (matriz ou filial da empresa).

O fundamento da exigência do ISS sobre os serviços efetivados no mar territorial ou na zona econômica exclusiva pelos Municípios próximos destes locais tem sido a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ), que, em inúmeros julgados, destacou o “local do serviço” como regra capaz de definir qual o Município é o competente para cobrar o imposto. A tese do STJ, no entanto, não é pacífica, uma vez que, em recentes julgados, tem-se retornado a destacar o local da sede ou da filial da prestadora de serviços (domicílio fiscal) como o elemento principal para se saber qual o Município é o competente para exigir o ISS.

Os entendimentos favoráveis à importância da identificação do “local do serviço” para a cobrança do ISS enfrentam um sério obstáculo quando se deparam com os serviços efetuados no mar territorial e na zona econômica exclusiva. Nestes casos, qual o Município seria o competente para cobrar o ISS? Aquele mais próximo do serviço prestado na área marítima? Aquele posicionado frontalmente ao local marítimo em que o serviço é realizado? Ou aquele que sofre os principais impactos ambientais e socioeconômicos do serviço?

Paralelamente, ainda cabe se indagar: afinal, a quem pertence o mar territorial e a zona econômica exclusiva? Pertencem a um ente específico (a União), a nenhum deles ou à República Federativa? Poderiam o mar territorial e a zona econômica exclusiva serem considerados extensões territoriais dos Municípios? E, em sendo a resposta positiva, caso existam, quais seriam os critérios?

A questão do “local da prestação do serviço”, ao envolver áreas marítimas, não pode ignorar as noções básicas do que significam as expressões “mar territorial” e “zona econômica exclusiva”. Somente a partir da busca das suas características e definições é que se pode enfrentar o

tema do “local da prestação do serviço” *versus* “local do estabelecimento” do prestador de serviço no âmbito da cobrança do ISS.

1 O MAR TERRITORIAL E A ZONA ECONÔMICA EXCLUSIVA: CONCEITOS E ASPECTOS LEGAIS

Segundo a Lei nº 8.617/1993 (que dispõe sobre o mar territorial, a zona contígua, a zona econômica exclusiva e a plataforma continental), entende-se como mar territorial a faixa de doze milhas marítima de largura, medidas a partir da linha de baixa-mar do litoral continental e insular, tal como indicada nas cartas náuticas de grande escala, reconhecidas oficialmente no Brasil (art. 1º, *caput*). Paralelamente, conceitua-se a zona econômica exclusiva brasileira como a faixa que se estende das doze às duzentas milhas marítimas, contadas a partir das linhas de base que servem para medir a largura do mar territorial (art. 6º).

Tanto no que tange ao mar territorial, quanto no que se refere à zona econômica exclusiva, a República Federativa do Brasil estende a sua soberania, abarcando o espaço aéreo sobrejacente ao mar territorial, bem como ao seu leito e subsolo (art. 2º da Lei nº 8.617/1993). Ademais, a soberania nacional também abarca a zona econômica exclusiva para fins de exploração e aproveitamento, conservação e gestão dos recursos naturais das águas sobrejacentes ao leito do mar, do leito do mar e seu subsolo, e no que se refere a outras atividades com vistas à exploração e ao aproveitamento da zona para fins econômicos (art. 7º da Lei nº 8.617/1993). Por fim, o País exerce direitos de soberania sobre a plataforma continental, para efeitos de exploração dos recursos naturais (art. 12 da Lei nº 8.617/1993).

Os parâmetros técnicos para a aplicação efetiva da Lei nº 8.617/1993, de modo que se saiba quais as aéreas marítimas fazem parte do mar territorial e da zona econômica exclusiva, são fixados através das chamadas Linhas de Base Normais, tal como indicadas nas cartas náuticas de grande escala publicadas pela Diretoria de Hidrografia e Navegação da Marinha do Brasil, segundo o art. 2º do Decreto nº 4.983/2004. Este mesmo diploma legal, expedido pelo Poder Executivo na forma do art. 84, inciso IV, da CR/88, informa qual é o sistema geodésico de coordenadas geográficas utilizado como referência (art. 3º), e ressalta que as Linhas de Base Retas e Normais, conforme definidas no Decreto nº 4.983/2004, devem ser exclusivamente usadas como origem para o traçado dos limites exteriores do mar territorial, da zona contígua, da zona econômica exclusiva e da plataforma continental, cujos conceitos estão especificados na Lei nº 8.617/1993 (art. 4º do Decreto nº 4.983/2004).

No âmbito do Direito Internacional Público, o mar territorial e a zona econômica exclusiva foram objeto da Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar de 1982 (“*United Nations Convention on the Law of the Sea*”), documento que afirma que a soberania de um Estado costeiro se estende para além do seu território e águas interiores, alcançando um “cinturão” adjacente de mar, chamado de mar territorial¹. Assim, a soberania de cada Estado se estende para o espaço aéreo sobre o mar territorial, bem como para o seu leito e subsolo², sendo que cada Estado tem o direito de estabelecer a largura do mar territorial até um limite não superior a 12 milhas náuticas³.

Quanto à zona econômica exclusiva, dispõe a “*United Nations Convention on the Law of the Sea*” (UNCLOS) que o Estado terá direitos de soberania para fins de exploração e aproveitamento, conservação e gestão dos recursos naturais, vivos ou não-vivos, de águas sobrejacente ao fundo do mar e do leito marinho e seu subsolo, e no que diz respeito a outras atividades para a exploração econômica e a exploração da zona, tais como a produção de energia a partir da água, correntes e ventos⁴. Além disso, a zona econômica exclusiva não deve ultrapassar 200 milhas náuticas a partir das linhas de base, a partir das quais se mede a largura do mar territorial⁵.

As definições técnica e política, com apoio, inclusive, na legislação nacional e em tratados internacionais, são essenciais para evitar conflitos não só entre Estados de uma Federação, como, também, entre países vizinhos.

Neste aspecto, é de grande valia se recordar da recente decisão da Corte Internacional de Justiça, proferida em 27 de janeiro de 2014, que

- 1 Article 2: 1. The sovereignty of a coastal State extends, beyond its land territory and internal waters and, in the case of an archipelagic State, its archipelagic waters, to an adjacent belt of sea, described as the territorial sea. (UNCLOS, Article 2, n° 1. Section 1 - General Provisions; Part II - Territorial Sea and Contiguous Zone).
- 2 Article 2: 2. This sovereignty extends to the air space over the territorial sea as well as to its bed and subsol. (UNCLOS, Article 2, n° 2. Section 1 - General Provisions; Part II - Territorial Sea and Contiguous Zone).
- 3 Article 3: Every State has the right to establish the breadth of its territorial sea up to a limit not exceeding 12 nautical miles, measured from baselines determined in accordance with this Convention. (UNCLOS, Article 3. Section 2 - Limits of the territorial sea; Part II - Territorial Sea and Contiguous Zone).
- 4 Article 56: 1. In the exclusive economic zone, the coastal State has: (a) sovereign rights for the purpose of exploring and exploiting, conserving and managing the natural resources, whether living or non-living, of the waters superjacent to the seabed and of the seabed and its subsol, and with regard to other activities for the economic exploitation and exploration of the zone, such as the production of energy from the water, currents and winds; (UNCLOS, Article 56. Part V - Exclusive Economic Zone)
- 5 Article 57: The exclusive economic zone shall not extend beyond 200 nautical miles from the baselines from which the breadth of the territorial sea is measured. (UNCLOS, Article 56. Part V - Exclusive Economic Zone)

resolveu o conflito entre as Repúblicas do Chile e do Peru, redefinindo a área dos mares territoriais e das zonas econômicas exclusivas de ambos os países, pondo fim a uma controvérsia de mais de cinquenta anos⁶. O problema envolvia, justamente, a definição de quem tinha soberania sobre uma “zona de interseção” que mesclava as 200 milhas náuticas das zonas econômicas exclusivas dos dois países, existente em razão da diferença entre a utilização do paralelo global que divide os Estados (posição do Chile) e a utilização de uma linha equidistante entre as nações (posição do Peru).

2 AS HIPÓTESES DE INCIDÊNCIA DOS IMPOSTOS E A SUA APLICAÇÃO NO MAR TERRITORIAL E A ZONA ECONÔMICA EXCLUSIVA

Uma vez que o mar territorial e a zona econômica exclusiva são espaços em que a República Federativa do Brasil exerce sua soberania, indaga-se: ocorrendo o fato gerador de algum dos impostos descritos nos artigos 153 e seguintes da Constituição Federal, seria devida a sua exigência pelo fisco?

Quanto aos impostos federais, não haveria razão para se vedar a aplicação da lei tributária. Por mais que se utilize a ideia de território nacional, quando se trata do exercício da competência tributária, se o Estado brasileiro dispõe em lei que o mar territorial e a zona econômica exclusiva são espaços sobre os quais se estende a sua soberania e se a própria

6 A origem econômica da disputa envolve a atividade de pesca, em razão dos barcos que partiam de Arica, no Chile, e de Ilo, no Peru. Para informações pormemorizadas, leia-se o seguinte trecho da decisão da Corte Internacional de Justiça: “In order to determine the extent of the agreed maritime boundary, the Court first examines the relevant practice of the Parties in the early and mid-1950s, more specifically their fishing potential and activity. It observes that the information referred to by the Parties shows that the fish species which were being taken in the early 1950s were generally to be found within a range of 60 nautical miles from the coast. The Court further observes that the catch figures indicate that the principal maritime activity at that time was fishing undertaken by small vessels. It also takes note of the orientation of the coast in this region, and the location of the most important relevant ports of the Parties at the time. [...] In that context, the Court recalls that boats departing from Arica (a Chilean port situated just 15 km to the south of the seaward terminus of the land boundary) to catch the above-mentioned species, in a west-north-west direction, in the range of 60 nautical miles from the coast, which runs essentially from north to south at this point, would not cross the parallel beyond a point approximately 57 nautical miles from the starting-point of the maritime boundary. The orientation of the coast turns sharply to the north-west in this region (see sketch-map No. 2), such that, on the Peruvian side, fishing boats departing seaward from Ilo (situated about 120 km north-west of the seaward terminus of the land boundary), in a south-west direction, to the range of those same species would cross the parallel of latitude at a point up to approximately 100 nautical miles from the starting-point of the maritime boundary.” (INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. *Maritime Dispute (Peru v. Chile)*. No. 2014/2. 27 jan. 2014, p. 3) Disponível em: <<http://www.icj-cij.org/docket/index.php?p1=3&p2=3&k=88&cas e=137&code=pch&p3=6>>. Acesso em 23 mar. 2014. Para melhor visualização da controvérsia, recomenda-se a visualização do mapa relativo aos limites marítimos questionados na demanda. Disponível em: <https://commons.wikimedia.org/wiki/File:ICJ_Peru_Chile_judgment_map2.png>. Acesso em 23 mar. 2014.

República firma um tratado multilateral, coordenado pela Organização das Nações Unidas, asseverando que o mar territorial e a zona econômica exclusiva são áreas de exercício da soberania pelos Estados costeiros, como é que se poderia negar a aplicação da lei tributária nacional aos fatos com repercussão jurídica e econômica ocorridos nestes locais?

Entender o contrário seria negar a razão de ser do tratado multilateral celebrado sobre o tema, além de negar vigência a uma lei específica sobre a definição de mar territorial e zona econômica exclusiva (que é o caso da Lei nº 8.617/1993), o que não se coaduna com as interpretações possíveis na esfera do Direito Internacional Público e do Direito Constitucional.

Logo, se reconhece que o Código Tributário Nacional deve ser aplicado a todos os fatos ocorridos nestas duas áreas de exercício de soberania do Brasil e interpretado de modo a dar efetividade à Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar de 1982 e à legislação especial, que cuida, objetivamente, do mar territorial, da zona contígua, da zona econômica exclusiva e da plataforma continental.

A questão se torna um pouco mais complexa quando nos dirigimos aos tributos estaduais e municipais. De início, revela-se plenamente viável que se desenvolva raciocínio lógico-jurídico no sentido de que, como o tratado foi celebrado pela República Federativa, seus efeitos seriam imediatos em relação aos entes da Federação, em especial por não trazer qualquer prejuízo ao exercício de competências dos Estados e Municípios. Pelo contrário, a Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar de 1982 acaba por conferir maior segurança aos entes da Federação, pois adere a critérios reconhecidos na esfera internacional e que deverão ser respeitados por todos os entes federativos de igual maneira.

Paralelamente, haja vista que compete privativamente à União legislar sobre direito marítimo (art. 22, inc. I, da CR/88) e que são bens da União os recursos naturais da plataforma continental e da zona econômica exclusiva e o mar territorial (art. 20, inc. V e VI, da CR/88), de fato, somente o Congresso Nacional poderia editar uma lei tratando do conceito e aspectos do mar territorial e da zona econômica exclusiva, tal como feito com a Lei nº 8.617/1993.

Contudo, quando se depara com a estrutura legal do ICMS e do ISS e com a natureza de cada um destes impostos, nota-se que a mera menção à convenção em debate e à Lei nº 8.617/1993 não elucida as dúvidas envolvendo o tema.

O primeiro problema decorre de matéria já levada ao Poder Judiciário: em que local ocorrem os fatos geradores do ICMS e do ISS, quando o serviço é prestado em unidade situada no mar territorial e na zona econômica exclusiva? Deve-se considerar o local de “execução” do serviço ou se pode utilizar de outros critérios?

O segundo problema deriva da própria competência para se exigir o tributo: se os recursos naturais da plataforma continental e da zona econômica exclusiva e o mar territorial (art. 20, inc. V e VI, da CR/88) são bens da União, poderiam Estados e Municípios exigir tributos sobre fatos realizados nestas áreas?

As leis complementares do ICMS e do ISS tentam resolver o conflito existente. A Lei Complementar nº 87/1996 dispõe que o ICMS incide sobre o serviço prestado no exterior ou cuja prestação se tenha iniciado no exterior (art. 1º, § 1º, inc. II), de modo que, sob esta ótica, se o serviço é prestado no mar territorial ou na zona econômica exclusiva, maiores ainda seriam as razões para o Estado exigí-lo. É acrescentado ainda que o local da prestação do serviço, para os efeitos da cobrança do ICMS e definição do estabelecimento responsável, é do estabelecimento ou do domicílio do destinatário na hipótese de se tratar de serviços prestados ou iniciados no exterior (art. 11, inc. IV).

Em contrapartida, a Lei Complementar nº 116/2003 dispõe que o ISS também incide sobre “o serviço proveniente do exterior do País ou cuja prestação se tenha iniciado no exterior do País” (art. 1º, § 1º), acrescentando ainda que o serviço considera-se prestado, e o imposto devido, “no local do estabelecimento prestador ou, na falta do estabelecimento, no local do domicílio do prestador” (art. 3º, *caput*). Somando-se a isso, de acordo com o art. 3º, § 4º, da Lei Complementar nº 116/2003, considera-se estabelecimento prestador

o local onde o contribuinte desenvolva a atividade de prestar serviços, de modo permanente ou temporário, e que configure unidade econômica ou profissional, sendo irrelevantes para caracterizá-lo as denominações de sede, filial, agência, posto de atendimento, sucursal, escritório de representação ou contato ou quaisquer outras que venham a ser utilizadas.

Como os serviços objetos do ICMS são apenas os de “prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior” (art. 1º da LC nº 87/1996), pouquíssimas serão as situações que envolverão a incidência

do ICMS sobre serviços no mar territorial e na zona econômica exclusiva, daí o porquê da própria legislação complementar se focar nas operações envolvendo a “indústria do petróleo”, esta sim muito presente nestas áreas marítimas⁷. Por outro lado, o ISS, que incide sobre serviços de qualquer natureza, é objeto de diversas disputas e diferenças de interpretação, as quais já geram a chamada “guerra fiscal” entre Municípios.

3 O IMPOSTO SOBRE SERVIÇOS (ISS): “LOCAL DA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO” VERSUS “LOCAL DO ESTABELECIMENTO” DO PRESTADOR DE SERVIÇO

O ponto nodal da controvérsia envolve a seguinte indagação: qual o Município será o competente para exigir o ISS sobre os serviços realizados no mar territorial ou na zona econômica exclusiva? Seria o Município em que a empresa prestadora possui domicílio fiscal? Ou seria o Município mais próximo do local do serviço, ou aquele que sofre as principais consequências econômicas e ambientais derivadas da prestação do serviço?

Como se sabe, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é vacilante sobre o tema. Em abril de 2013, por exemplo, o Tribunal proferiu decisão no sentido de que, para fins de definição do lugar do fato gerador do ISS e do Município competente para exigí-lo, o local da prestação do serviço é o do estabelecimento prestador (art. 12 do DL 406/68 e 3º da LC 116/03)⁸. Ocorre que, ao mesmo tempo, muitos outros julgados, ao debater a matéria, mencionam o REsp nº 1117121/SP (rel. Min. Eliana Calmon), julgado em 14.10.2009, pela Primeira Seção, como

7 Neste sentido, veja-se os seguintes dispositivos legais da Lei Complementar nº 87/1996, que tratam da circulação de mercadorias de derivados de hidrocarbonetos: “Art. 2º O imposto incide sobre: [...] § 1º O imposto incide também: [...] III - sobre a entrada, no território do Estado destinatário, de petróleo, inclusive lubrificantes e combustíveis líquidos e gasosos dele derivados, e de energia elétrica, quando não destinados à comercialização ou à industrialização, decorrentes de operações interestaduais, cabendo o imposto ao Estado onde estiver localizado o adquirente.”

8 Ementa: TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ISS. MUNICÍPIO COMPETENTE. LOCAL DO SERVIÇO. ESTABELECIMENTO PRESTADOR. ENTENDIMENTO FIRMADO PELO RITO DO ART. 543-C DO CPC (RESP 1.060.210/SC). 1. Para fins de definição do lugar do fato gerador do ISS e do município competente para exigí-lo, a Primeira Seção, em sede de recurso especial repetitivo (REsp 1.060.210/SC, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, DJe 05/03/2013), entendeu que o local da prestação do serviço é o do estabelecimento prestador (art. 12 do DL 408/68 e 3º da LC 116/03). 2. No caso dos autos, é cediço que a CESGRANRIO, prestadora dos serviços relativos à realização do ENADE, contratados pelo INEP, não está estabelecida no território do recorrente, mas, sim, na cidade do Rio de Janeiro, o que denota a incompetência do Distrito Federal para exigir o imposto em questão. 3. Agravo regimental não provido. (STJ, AgRg no AREsp 150904/DF, rel. Min. Benedito Gonçalves - Primeira Turma, unânime, j. em 21.03.2013, DJe 02.04.2013)

parâmetro para solucionar as controvérsias sobre a exigência do ISS⁹, decisão esta que dá ênfase ao local da “efetiva” prestação do serviço, em detrimento do domicílio da matriz ou da filial da empresa prestadora do serviço. Entretanto, cumpre destacar que os julgados que, com fulcro no art. 543-C do CPC, têm aplicado o precedente do REsp nº 1117121/SP (rel. Min. Eliana Calmon), em sede de recurso repetitivo, ignoram o fato deste julgamento ter se referido à construção civil¹⁰, situação considerada especial desde o Decreto-lei nº 406/1968.

A solução da controvérsia, portanto, poderia ser a aplicação direta do art. 3º da Lei Complementar nº 116/2003 que, reitera-se, afirma que o serviço considera-se prestado e o imposto devido no local do estabelecimento prestador ou, na falta do estabelecimento, no local do domicílio do prestador, salvo nas hipóteses previstas nos incisos I a XXII do art. 3º em debate. Paralelamente, o art. 3º, § 3º, da mesma lei estabelece que se considera ocorrido o fato gerador do imposto no local do estabelecimento prestador nos serviços executados em águas marítimas, excetuados os serviços descritos no subitem 20.01.

Como o serviço é prestado no litoral, muitas vezes próximo a plataformas que podem ser vistas da costa a olho nu, diversos Municípios têm se utilizado do entendimento do STJ concernente à aplicação do

9 Veja-se como exemplo, e sempre com fulcro no art. 543-C do CPC, os seguintes julgados que cuidam desde a prestação de serviços técnicos profissionais até a administração de cartões de crédito, a prestação de serviços de vigilância e segurança privada, e a prestação de serviços de manutenção e aluguel de maquinaria e equipamentos para indústrias: *AgRg no Ag 1304453/MG*, rel. Min. Benedito Gonçalves – Primeira Turma, j. em 08.02.2011, DJe 11.02.2011; *REsp nº 1170222/RJ*, rel. Min. Benedito Gonçalves – Primeira Turma, j. em 15.03.2011, DJe 24/03/2011; *AgRg no Ag 1367775/SP*, rel. Min. Herman Benjamin – Segunda Turma, j. em 17.03.2011, DJe 04.04.2011; *AgRg no Ag 1318064/MG*, rel. Min. Humberto Martins – Segunda Turma, j. em 05.04.2011, DJe 13.04.2011.

10 Ementa: TRIBUTÁRIO - ISS - PRESTAÇÃO DE SERVIÇO - CONSTRUÇÃO CIVIL - PROJETO, ASSESSORAMENTO NA LICITAÇÃO E GERENCIAMENTO DA OBRA CONTRATADA - COMPETÊNCIA DO MUNICÍPIO ONDE SE REALIZOU O SERVIÇO DE CONSTRUÇÃO - CONTRATO ÚNICO SEM DIVISÃO DOS SERVIÇOS PRESTADOS. 1. A competência para cobrança do ISS, sob a égide do DL 406/68 era o do local da prestação do serviço (art. 12), o que foi alterado pela LC 116/2003, quando passou a competência para o local da sede do prestador do serviço (art. 3º). 2. Em se tratando de construção civil, diferentemente, antes ou depois da lei complementar, o imposto é devido no local da construção (art.12, letra “b” do DL 406/68 e art.3º, da LC 116/2003). 3. Mesmo estabeleça o contrato diversas etapas da obra de construção, muitas das quais realizadas fora da obra e em município diverso, onde esteja a sede da prestadora, considera-se a obra como uma universalidade, sem divisão das etapas de execução para efeito de recolhimento do ISS. 4. Discussão de honorários advocatícios prejudicada em razão da inversão dos ônus da sucumbência. 5. Recurso Especial conhecido e provido. 6. Recurso especial decidido sob o rito do art. 543-C do CPC. Adoção das providências previstas no § 7º do art. 543-C do CPC e nos arts. 5º, II e 6º da Resolução STJ nº 8/2008. (STJ, RESP nº 1117121/SP, rel. Min. Eliana Calmon - Primeira Seção, unânime, j. em 14.10.2009, DJE 29.10.2009)

parâmetro do “local do serviço” para exigir o ISS sobre operações realizadas por prestadoras de serviços com sede em outra localidade.

Frise-se que o STJ já proferiu decisão no sentido de que, embora o mar territorial seja da União, o transporte aquaviário realizado no referido local tem a incidência do ISS, uma vez que se trata de imposto da competência do Município, tributando os serviços de transporte municipal (RESP nº 649027, rel. Min Luiz Fux)¹¹.

Em linha semelhante, vale mencionar decisão monocrática proferida pelo Ministro Luís Roberto Barroso, no RE 823790, em outubro de 2014. A decisão invocou o precedente do STF na ADIN 2080, na qual o STF deixou de conceder medida cautelar para suspender os efeitos do art. 194, §5º, da Constituição do Estado do Rio de Janeiro, que reconhece a competência tributária do Estado e dos Municípios sobre a área dos respectivos territórios, “*incluídos nestes as projeções aérea e marítima de sua área continental, especialmente as correspondentes partes da plataforma continental, do mar territorial e da zona econômica exclusiva.*” Na análise inicial do RE 823790, assim asseverou o Ministro Luís Roberto Barroso

Conclui-se, portanto, que, não obstante o fato de o mar territorial constituir bem pertencente à União, não há impedimento para que Estados e Municípios exerçam sua competência tributária sobre seus limites territoriais.

Por fim, saliente-se que a presente ação visa tão somente à possibilidade de ser deferido ao Município de Itapemirim o acesso a documentos aptos a permitir investigação acerca da natureza dos serviços prestados pela recorrente. Assim, o julgamento deste recurso extraordinário

11 Ementa: PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. MULTA POR EMBARGOS PROTELATÓRIOS. REEXAME DE FATOS E PROVAS. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 07/STJ. ISS. TRANSPORTE MARÍTIMO. INCIDÊNCIA. 1. O Recurso Especial não é servil ao reexame do contexto fático-probatório dos autos, por força do óbice contido na Súmula 07/STJ. 2. O serviço de transporte marítimo, in casu a condução da tripulação das embarcações fundeadas na Baía de Todos os Santos, nos sentidos mar-terra e terra-mar para os portos de Salvador a Aratu, enquadra-se na hipótese do item 97 da lista anexa ao Decreto-Lei 406/68 e item 96 da Lista anexa à Lei Municipal nº 4.279/90. Trata-se de serviço estritamente municipal, sujeito, portanto, à incidência do ISS, aliás, como analogicamente se infere do outro serviço semelhante previsto no art. 87 da citada Lista. 3. Deveras, é cediço em doutrina que: “Embora o mar territorial seja da União, o transporte aquaviário realizado no referido local terá a incidência do ISS, pois se trata de imposto da competência do Município, tributando os serviços de transporte municipal.” 4. Atestado pelo aresto recorrido que à época do fato gerador da obrigação em questão, possuía estabelecimento em Salvador, compete a esta entidade federada a exação. Tanto mais que o fundamento assentado é insindivível pelo Eg. STJ (Súmula 07). 5. Recurso Especial parcialmente conhecido e, nesta parte, desprovido. (STJ, Proc. nº 200400408891, RESP nº 649027, rel. Min Luiz Fux – Primeira Turma, unânime, j. em 22.03.2005, DJ 25.04.2005, p. 240)

não implica, por si só, a cobrança automática do tributo, cabendo à Fazenda Municipal comprovar, a partir de então, a efetiva prestação de serviços capazes de implicar a cobrança do ISS¹².

Por outro lado, seria cabível cogitar de tese contrária aos julgados citados, considerando que o mar territorial em si, tal como a zona econômica exclusiva, não seria, realmente, extensão do território do Município. Poder-se-ia considerar, como visto acima, que ambos pertencem e são áreas de exercício da soberania nacional, foco da República Federativa como um todo, e não dos entes subnacionais, de acordo com a interpretação conjunta (a) dos art. 22, inc. I, e art. 20, inc. V e VI, da CR/88; (b) da Lei n° 8.617/1993, em especial seus artigos art. 1°, *caput*, 2°, 6° e 12; e (c) da Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar de 1982 (*“United Nations Convention on the Law of the Sea”*), principalmente seus artigos 2°, 3°, 56 e 57.

Em todo caso, ainda que pudesse ser adotada a premissa de que o mar territorial e a zona econômica exclusiva pertencem à República Federativa do Brasil, e não a um Município ou Estado específico, é reconhecido que o Imposto sobre Serviços será devido, tendo-se que saber, apenas, qual o Município teria competência para tanto.

A resposta que traz maior segurança jurídica para o contribuinte e para os próprios Municípios reside em conhecida legislação: no art. 3° da Lei Complementar n° 116/2003. O local do estabelecimento do prestador de serviço é o único elemento universal em todas as prestações de serviço, sejam elas realizadas no território do continente, seja praticado no mar territorial ou na zona econômica exclusiva. Aliás, quer se preste o serviço em terra, em rios ou lagos, quer se desenvolva o serviço no subsolo (*v.g.*, apoio à mineração) ou no espaço aéreo (*v.g.*, aviões comerciais), somente o critério do local do prestador de serviço é seguro o suficiente para regular a relação jurídico-tributária do ISS. O art. 3°, §3°, da LC 116/03 também estabeleceu de forma clara que se considera ocorrido o fato gerador do imposto no local do estabelecimento prestador nos serviços executados em águas marítimas, excetuados os serviços descritos no subitem 20.01.

Neste ponto, excelente argumentação favorável à utilização do local do estabelecimento do prestador de serviço como parâmetro (elemento de

12 STF, RE 823790. Rel. Ministro Roberto Barroso, julgado em 16.10.2014, publicado no DJ-e 207 divulgado em 20.10.2014 e publicado em 21.10.2014.

conexão) de exigência do ISS foi desenvolvida por João Guilherme Sauer¹³, que tratou do tema da seguinte maneira:

A questão é: as circunstâncias de a legislação dos Municípios só poder vigor nos seus territórios e de estes se delimitarem geograficamente implicam somente serem válidas normas, emanadas das municipalidades em cujos territórios os serviços sejam *fisicamente* prestados, que definam essas mesmas municipalidades como sujeitos ativos do ISS sobre eles incidente?

6. Penso que esta é uma típica questão de *conflito de leis* e, observados certos temperamentos, pode ser encarada do mesmo ângulo e sob os mesmos princípios que regem os conflitos entre leis de nações diferentes, isto é, os dos chamados Direito Internacional Privado (DIP).

[...]

7. Isso de modo algum quer dizer, repito, que o fator *território* não deva ser levado em conta pelo legislador complementar, ao editar normas gerais com vistas a dirimir conflitos de competência. Conflitos de leis no espaço se verificam, precisamente, porque há fenômenos juridicamente regrados que espalham suas diferentes dimensões por territórios diversos. Por isso, como doutrinou Savigny, a maneira de solucionar o problema em estudo, no Direito moderno, passa pela formulação da pergunta: qual é, em cada caso dado, o *direito territorial* aplicável?

À resposta a essa pergunta se chega, justamente, pelo emprego da técnica consagrada pelo DIP para tanto: a escolha de um critério ou elemento de conexão.

[...]

Ora, a pessoa que presta serviços no desempenho de uma atividade econômica, profissional, tem uma sede: o seu domicílio, que, para esse fim, é o lugar em que ela a exerce (Código Civil de 2002, artigo 72) e, se ela a exercer em mais de um lugar, cada um deles será seu domicílio, no que toca às relações que lhe corresponderem (Código Civil de 2002, artigo 72, parágrafo único). *Mutatis mutandis*, os

13 SAUER, João Guilherme. ISS, Sujeito Ativo e "Local da Prestação". A importância dos elementos de conexão para a construção jurisprudencial. *Revista Dialética de Direito Tributário* n. 196, p. 87, 90 e 92-93, jan. 2012.

princípios são os mesmos no tocante às pessoas jurídicas (Código Civil de 2002, artigo 75, inciso IV, parágrafo 1º)”

As principais virtudes da utilização do domicílio do prestador de serviço (sede ou filial) como parâmetro essencial de exigência do ISS são (i) a proteção da segurança jurídica do contribuinte, uma vez que as pessoas jurídicas, para desenvolverem suas atividades privadas, necessitam de um ordenamento jurídico que lhes ofereça previsibilidade¹⁴, o que não ocorre, atualmente, haja vista o posicionamento instável do STJ sobre a matéria; (ii) a imposição de um termo final à “guerra fiscal” entre Municípios quanto aos serviços prestados no mar territorial e na zona econômica exclusiva, fato este que prejudica a própria elaboração dos orçamentos pelas administrações locais; e (iii) o prestígio da lei complementar já existente, a qual prevê o domicílio do prestador do serviço como elemento para se caracterizar onde o imposto será devido.

Aliás, cuidando da importância da legislação complementar, assim se manifestou Gustavo da Gama Vital de Oliveira¹⁵, com base no art. 12 da Lei de Responsabilidade Fiscal:

Do ponto de vista do Direito Financeiro, prestigiar o critério de solução de conflitos da lei complementar traz maior segurança jurídica também para a consolidação das finanças públicas de cada ente político. O modelo orçamentário é baseado principalmente no planejamento da expectativa de receita pública que o ente político espera arrecadar em cada exercício financeiro.

Vale dizer, a partir de prismas diversos (segurança jurídica do contribuinte, previsibilidade orçamentária municipal e respeito à lei complementar), verifica-se que o domicílio do prestador do serviço é o parâmetro que melhor compatibiliza os dispositivos constitucionais sobre o mar territorial e a zona econômica exclusiva, além do tratado multilateral e da legislação ordinária específica sobre o tema.

14 Sobre o tema, consulte-se RIBEIRO, Ricardo Lodi. *A Segurança Jurídica do Contribuinte*. (Legalidade, Não surpresa e Proteção à Confiança Legítima). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

15 OLIVEIRA, G. G. V.. Federalismo fiscal, jurisdição constitucional e conflitos de competência em matéria tributária: o papel da lei complementar. In: Marcus Lívio Gomes; Andrei Pitten Velloso. (Org.). *Sistema constitucional tributário - Dos fundamentos teóricos aos hard cases tributários - Estudos em homenagem ao Ministro Luiz Fux*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 197-210.

4 CONCLUSÃO

A definição e os limites dos conceitos do mar territorial e da zona econômica exclusiva envolvem uma lei nacional (Lei nº 8.617/1993) que atende aos dispositivos constitucionais (art. 20, inc. V e VI, e art. 22, inc. I, da CR/88) e concretiza o tratado multilateral, coordenado pelas Nações Unidas, assinado pela República Federativa do Brasil (Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar de 1982 – “*United Nations Convention on the Law of the Sea*”).

Compreendida a noção de mar territorial e zona econômica exclusiva, verifica-se que a tese do “local da prestação do serviço”, muitas vezes sustentada em julgados do STJ, além de não resolver o problema, sequer poderia ser aplicada. Daí, apenas o critério do local do estabelecimento do prestador de serviço teria a capacidade de, além de ser compatível com a natureza do mar territorial e zona econômica exclusiva, ainda evitar conflitos entre Municípios.

Ao mesmo tempo, o local do estabelecimento do prestador de serviço se revela em um excelente elemento de conexão, nas palavras de João Guilherme Sauer, haja vista que o domicílio é um parâmetro reconhecido, inclusive no Direito Internacional Privado, como válido e suficiente para legitimar o elo jurídico existente entre os sujeitos (no caso em debate, entre sujeito tributário ativo e o sujeito passivo).

Somando-se a isso, o domicílio possui três virtudes que o tornam ainda mais interessante sob a ótica da pacificação social e da preservação do federalismo fiscal nas situações envolvendo a exigência do ISS: (i) há a proteção da segurança jurídica do contribuinte, uma vez que as pessoas jurídicas, para desenvolverem suas atividades privadas, necessitam de um ordenamento jurídico que lhes ofereça previsibilidade, o que não ocorre, atualmente, haja vista o posicionamento instável do STJ sobre a matéria; (ii) impõe-se um termo final à “guerra fiscal” entre Municípios quanto aos serviços prestados no mar territorial e na zona econômica exclusiva, fato este que, além de gerar bitributação, prejudica a própria elaboração dos orçamentos pelas administrações locais; e (iii) se prestigia a lei complementar já existente, a qual prevê o domicílio do prestador do serviço como elemento de conexão para se caracterizar para qual Município o imposto será devido (vide art. 3º da Lei Complementar nº 116/2003).

REFERÊNCIAS

BRASIL. *Constituição Federal*. Art. 20, inc. V e VI; art. 22, inc. I; art. 84, inc. IV. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 24 mar. 2014.

_____. *Decreto nº 4.983/2004*. Art. 2º; art. 3º; art. 4º. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2004/Decreto/D4983.htm>. Acesso em: 24 mar. 2014.

_____. *Lei Complementar nº 87/1996*. Art. 1º, § 1º, inc. II; art. 11, inc. IV. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp87.htm>. Acesso em: 24 mar. 2014.

_____. *Lei Complementar nº 101/2000*. Art. 12. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LCP/Lcp101.htm>. Acesso em: 24 mar. 2014.

_____. *Lei Complementar nº 116/2003*. Art. 1º, § 1º; art. 3º, caput, e § 4º. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LCP/Lcp116.htm>. Acesso em: 24 mar. 2014.

_____. *Lei nº 8.617/1993*. Art. 1º, caput; art. 2º; art. 4º; art. 6º; art. 7º; art. 12. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8617.htm>. Acesso em: 24 mar. 2014.

ESTADO DO RIO DE JANEIRO. *Constituição Estadual*. Art. 194, § 5º. Disponível em: <<http://www.alerj.rj.gov.br/processo6.htm>>. Acesso em: 4 fev. 2016.

INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. *Maritime Dispute (Peru v. Chile)*. *The Court determines the course of the single maritime boundary between Peru and Chile*. No. 2014/2. Press Release. Holanda (Países Baixos). 27. jan. 2014. Disponível em: <<http://www.icj-cij.org/docket/index.php?p1=3&p2=3&k=88&case=137&code=pch&p3=6>>. Acesso em: 23 mar. 2014.

OLIVEIRA, Gustavo da Gama Vital de. Federalismo fiscal, jurisdição constitucional e conflitos de competência em matéria tributária: o papel da lei complementar. In: Marcus Lívio Gomes; Andrei Pitten Velloso. (Org.). *Sistema constitucional tributário - Dos fundamentos teóricos aos hard cases tributários - Estudos em homenagem ao Ministro Luiz Fux*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (UNITED NATIONS).

Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar de 1982 (United Nations Convention on the Law of the Sea – UNCLOS 1982). Art. 2; art. 3; art. 56; art. 57. Disponível em: <www.un.org/Depts/los/convention_agreements/texts/unclos/unclos_e.pdf>. Acesso em: 24 mar. 2014.

RIBEIRO, Ricardo Lodi. *A Segurança Jurídica do Contribuinte. (Legalidade, Não surpresa e Proteção à Confiança Legítima)*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

SAUER, João Guilherme. ISS, Sujeito Ativo e “Local da Prestação”. A importância dos elementos de conexão para a construção jurisprudencial. *Revista Dialética de Direito Tributário*, n. 196, jan. 2012.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Recurso Extraordinário nº 823790/ES*. Rel. Ministro Roberto Barroso, j. em 16.10.2014, publicado no DJ-e 207 divulgado em 20.10.2014 e publicado em 21.10.2014.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 1304453/MG*. Rel. Min. Benedito Gonçalves, Primeira Turma, j. em 08.02.2011, publicado no DJe 11.02.2011.

_____. *Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 1318064/MG*. Rel. Min. Humberto Martins, Segunda Turma, j. em 05.04.2011, publicado no DJe 13.04.2011.

_____. *Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 1367775/SP*. Rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, j. em 17.03.2011, publicado no DJe 04.04.2011.

_____. *Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial nº 150904/DF*. Rel. Min. Benedito Gonçalves, Primeira Turma, unânime, j. em 21.03.2013, publicado no DJe 02.04.2013.

_____. *Recurso Especial nº 649027/BA*. Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, unânime, j. em 22.03.2005, publicado no DJ 25.04.2005.

_____. *Recurso Especial nº 1117121/SP*. Rel. Min. Eliana Calmon, Primeira Seção, unânime, j. em 14.10.2009, publicado no DJe 29.10.2009.

_____. *Recurso Especial nº 1170222/RJ*. Rel. Min. Benedito Gonçalves, Primeira Turma, j. em 15.03.2011, publicado no DJe 24.03.2011.

RECEBIDO EM: 23/05/2016

APROVADO EM: 19/09/2016

DIREITO PRIVADO E RELAÇÕES SOCIAIS: UMA BREVE ANÁLISE DO TRANSEXUALISMO NO BRASIL

***PRIVATE LAW AND SOCIAL RELATIONS: A BRIEF
ANALYSIS OF TRANSSEXUALISM IN BRAZIL***

Fábio Campelo Conrado de Holanda
Doutor em Ciência Política pela UFRGS
Mestre em Direito Constitucional pela UFC
Procurador Federal

SUMÁRIO: Introdução; 1 A discriminação por orientação sexual e identidade de gênero; 2 A mudança de sexo e seus reflexos no direito brasileiro; 2.1 As particularidades do processo transexualizador; 2.2 Os impasses relacionados com o registro civil; 3 Conclusão; Referências.

RESUMO: O presente artigo promove o debate acerca de tema considerado atual no cenário constitucional e civilista brasileiro, consistente no tratamento jurídico dado aos transexuais em casos de intervenção cirúrgica específica, bem como seus efeitos no registro civil, por meio de uma discussão teórica com ênfase nos aspectos constitucionais da dignidade humana, proteção das minorias e identidade de gênero, bem como seus reflexos infraconstitucionais nos direitos da personalidade, cujo tratamento na esfera privada mereceu destaque no vigente Código Civil. Destacou-se que tais proposições bioéticas merecem a reflexão da sociedade sobre em que medida tal violência simbólica atenta contra a dignidade das minorias sob enfoque, de modo a contemplar as variadas formas de vivência e convivência na esfera privada.

PALAVRAS-CHAVE: Dignidade Humana. Direito Privado. Direitos da Personalidade, Identidade de Gênero. Transexualismo.

ABSTRACT: This article promotes debate about topic today considered the constitutional setting and Brazilian civil law, namely the legal treatment of transsexuals in cases of specific surgical intervention and its effects on the civil registry through a theoretical discussion focusing the constitutional aspects of human dignity, protection of minorities and gender identity as well as their infra reflections on the rights of personality, whose treatment in the private sphere was highlighted in the current Civil Code. It was stressed that such proposals deserve bioethical reflection of society on how far such an attentive symbolic violence against the dignity of minorities in focus, in order to include the various forms of living and coexistence in the private sphere.

KEYWORDS: Human Dignity. Private Right. Personality Rights. Gender Identity. Transsexualism.

INTRODUÇÃO

O presente artigo tem o objetivo de promover o debate acerca de tema considerado atual no cenário constitucional e civilista brasileiro, consistente no tratamento jurídico dado aos transexuais em casos de intervenção cirúrgica específica, bem como seus efeitos no registro civil, notadamente acerca do estado de gênero dos referidos indivíduos.

Para tanto, inicialmente, fez-se necessário promover uma discussão teórica com ênfase nos aspectos constitucionais da dignidade humana, proteção das minorias e identidade de gênero, bem como seus reflexos infraconstitucionais nos direitos da personalidade, cujo tratamento na esfera privada mereceu destaque no vigente Código Civil (com estrutura centrada em princípios e cláusulas abertas).

O corpo, a despeito de não ser o único aspecto para a determinação da personalidade de alguém, é a manifestação exógena que, indubitavelmente, induz a sociedade a estabelecer preconceitos falíveis sobre determinada pessoa, notadamente acerca do seu gênero. A referida falibilidade se observa quando, por exemplo, no caso dos transexuais, o estereótipo inicial, de aspecto físico, não corresponde às inquietudes de cunho psicológico por que passa o indivíduo aprisionado em um corpo indesejado.

Em razão disso, é que a doutrina civilista contemporânea professa que “a ideia de uma binaridade na cultura, nas categorias do masculino e feminino, baseava-se em um fundamento fisiológico (do aparelho reprodutor) e na filosofia moral, que não mais se justifica na atualidade”¹.

Narrando o drama pessoal pelo qual passou na sua infância ao descobrir, paulatinamente, o descompasso entre a sua compleição física e o auto entendimento como pessoa de outro sexo, há relatos de transexuais que revelam como o sujeito se transformou “literalmente num marginal, pois vivia à parte, à margem. Não pertencia nem ao grupo majoritário heterossexual e aceito, nem a qualquer grupo minoritário e discriminado”.²

Não se sentindo nem mulher nem homossexual, repudiando as categorias impostas pela sociedade de meados do século passado, o referido autor complementava seus comentários tratando da agonia de crescer

1 OLIVEIRA, Maria Rita de Holanda Silva. O direito à liberdade de orientação sexual para além das limitações de gênero. *Manual do Direito Homoafetivo*. FERRAZ, Carolina Valença (coord.). São Paulo: Saraiva, 2013. p. 98.

2 NERY, João W. *Viagem solitária: memórias de um transexual 30 anos depois*. São Paulo: Leya, 2011. p. 45.

e não conseguir se encaixar, na época da adolescência, nas rotulações sociais acerca da sexualidade: “Minha alma não se conformava de ter de se expressar por meio daquele monte de carne, sobre o qual tinha podido decidir nada”.³

Considerando ser o direito à integridade mental o núcleo do qual se irradiam todos os demais, justificada estaria a discussão que ora se propõe, tendo em vista as alegações de flagrantes e circunstanciais ofensas à dignidade dos indivíduos, que ainda não teriam no direito pátrio a reclamada guarida para a correção do mencionado descompasso fenotípico.

Ratificando tais ilações, pontua-se que o ordenamento pátrio relaciona o sexo exclusivamente pelas características físicas do nascituro, desconsiderando o aspecto psicológico do indivíduo. Esclarece que à luz das premissas normativas o sexo é único e imutável, no entanto, “a realidade dos fatos demonstra-nos que nem sempre a morfologia do indivíduo se harmoniza com seu sexo psicológico e, por consequência, que inúmeros são os conflitos decorrentes de tal disparidade”.⁴

Com viés eminentemente patrimonialista, o colossal Código de Clóvis Beviláqua descurou de estabelecer as premissas normativas para o enfrentamento da questão em debate, circunstância justificada pelo momento histórico em que foi concebido e também pela ausência de um figurino constitucional que irradiasse seus efeitos na referida codificação privada.

Ocorre que, uma vez instaurado o novo paradigma constitucional em 1988, com um olhar voltado ao indivíduo, deslocando topograficamente ao início do seu texto as normas relacionadas com os direitos e deveres fundamentais da pessoa, alicerçado pelos valores da cidadania e da dignidade, irradiou-se para a seara civilista a mensagem de que além dos contratos, das obrigações e do resguardo à propriedade, a defesa de valores inatos no homem, como a vida plena (incluindo a higidez física, a intimidade, o segredo, o respeito, a honra, a intelectualidade *etc.*) também deveriam ser tutelados pelo Direito.

Reiterando o marco histórico da Constituição de 1988 na mudança de prumo do Direito Civil, afirma-se que a partir da constitucionalização do direito privado (intensificada pelo mencionado figurino constitucional), valores

3 NERY, op. cit., p. 47.

4 TONI, Cláudia Thomé. *Manual de direitos dos homossexuais*. São Paulo: SRS, 2008. p. 28.

constitucionais como dignidade da pessoa humana, solidariedade social e igualdade substancial marcam decisivamente a mudança do direito privado.⁵

Esmiuçando as consequências da constitucionalização do direito civil, destaca-se três desafios a partir da afirmação da cidadania como elemento propulsor: a) a releitura de conceitos e institutos jurídicos clássicos; b) o advento de novas categorias jurídicas (como a união entre pessoas do mesmo sexo como uma entidade familiar); e c) superação da dicotomia do direito entre público e privado”.⁶

A doutrina portuguesa também ressalta a relação de complementaridade e subsidiariedade do direito geral da personalidade com os direitos específicos e autonomamente reconhecidos pela lei. Entende-se que tais direitos específicos se relacionam com manifestações setoriais da personalidade humana e obviamente não esgotam a proteção desta. Por conseguinte, sendo o bem da personalidade dotado de mais dinamismo do que alguns direitos de cunho especial, a cláusula geral que lhe é ínsita teria a função de completar a proteção da pessoa no ordenamento jurídico.⁷

A fruição dos direitos da personalidade pelos grupos minoritários (religiosos, étnicos ou por orientação sexual), entretanto, ainda aguarda o refinamento de legislações específicas e da hermenêutica nos tribunais, corolário do traumático itinerário para essa sagração, em face dos óbices de caráter ideológico, que se refletem ainda hoje. Esclareça-se que em nosso sentir o direito dos transexuais ao tratamento para a mudança de sexo (que não se resume apenas à intervenção cirúrgica e à mudança no registro civil, registre-se) não depende do beneplácito do Estado (já que inato à personalidade daqueles).

Encorados nessa premissa é que comungamos do raciocínio de parte da doutrina civilista que entende deva a temática da orientação sexual ser tratada como assunto privado e como tal deva permanecer fora da repressão jurídica do Estado, haja vista que as características e preferências sexuais se situam no campo particular do indivíduo.⁸

5 CUNHA JUNIOR, Dirley da. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed. Salvador: Juspodium, 2008. p. 56.

6 FARIAS, Cristiano Chaves de. *Curso de Direito Civil: parte geral* e LINDB, v. 1, 13. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 33.

7 SOUZA, Rabindranath V. A. Capelo de. *O direito geral de personalidade*. Coimbra: Coimbra, 1995. p. 559-560.

8 DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya. Direito à livre orientação sexual e tutela da diversidade sexual pela Constituição Federal de 1988. In FERRAZ, Carolina Valença (Org.); et al. *Manual do direito homoafetivo*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 76-77.

Obviamente, há de se esclarecer que o exercício desse direito exige a aferição da vontade livre e consciente de um sujeito amparado por um diagnóstico técnico de natureza multidisciplinar, a fim de evitar o arrependimento do paciente ou a intromissão desautorizada na vida privada dos civilmente incapazes.

Sobre a claudicante aplicação destes direitos atualmente, assevera-se que o tratamento internacional dos direitos das minorias parte do mais restrito ao mais abrangente (similar ao ocorrido com os direitos humanos). Segundo o referido autor, “a passagem se deu da dimensão religiosa, na era moderna, para a dimensão étnica, após a primeira guerra mundial, até se chegar a novo patamar: a proteção das minorias por orientação sexual”.⁹

Contextualizada a problemática em questão, verticalizaremos o debate sobre a discriminação por orientação sexual e identidade de gênero, com ênfase no tratamento da mudança de sexo e seus reflexos no direito brasileiro, sempre ancorados na estreita relação da questão com o núcleo constitucional da dignidade.

1 A DISCRIMINAÇÃO POR ORIENTAÇÃO SEXUAL E IDENTIDADE DE GÊNERO

A conformação familiar tradicional com pai e mãe, as uniões amorosas entre homens e mulheres e os inúmeros estereótipos relacionados com o gênero, paulatinamente cedem lugar na legislação para um hibridismo comportamental inerente à espécie humana, cujas ilimitadas formas de expressão e necessidade de expansão ditam inexoravelmente como o direito (enquanto mero instrumento de controle social) deve se alinhar, ajustando-se provisoriamente às constantes dinâmicas sociais.

Por conseguinte, as variadas formas de discriminação do outro em razão de predileções sexuais, por exemplo, tendem a ser mitigadas pela vivência das noções de solidariedade, universalidade e pluralismo, valores imanentes à ideia de liberdade, não parecendo adequado que o indivíduo seja cerceado em suas formas de expressão, pelo simples fato de atentar contra a prática majoritariamente predominante.

9 CASELLA, Paulo Borba. A proteção internacional dos direitos das minorias: o caso da minoria por orientação sexual e identidade de gênero. In JUBILUT, L. L. (Org.); et al. *Direito à diferença: aspectos teóricos e conceituais da proteção às minorias e aos grupos vulneráveis*, v.1. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 179-180.

Sendo um país de maioria cristã, é natural que o tema em questão encontre no Brasil resistências nos mais variados setores da sociedade, o que segundo parte da doutrina se justificaria pelo fato de que os matizes extremistas das religiões monoteístas (judaísmo, cristianismo e islamismo), servindo-se do nome de Deus, atuam “de modo hediondo e criminoso, execram e condenam as minorias por orientação sexual e identidade de gênero”.¹⁰

Não se confundindo com o homossexual, o bissexual, o intersexual (hermafrodita) ou mesmo com o travesti, o denominado transexual é aquele que sofre uma dicotomia físico-psíquica, possuindo um sexo físico, distinto de sua conformação sexual psicológica, causando-lhe possivelmente um desajuste que impede a fruição de uma vida plena, digna.

A propósito das classificações e estigmatizantes definições que lhes são ínsitas, existem autores que ao analisar os direitos fundamentais à proteção da intimidade e da vida privada (inciso X do art. 5º da Constituição Federal), entendem que “as questões que permanecem no âmbito da privacidade carecem de interesse jurídico”, invoca o denominado “direito à indiferença” ao pontuar que “deveriam não somente ser critério e limite da intervenção estatal, mas impedir a reprodução de preconceitos que impõem rótulos tais como: transexual, bissexual, hermafrodita”.¹¹

Em que pese a preocupação de juristas de escol com a rotulação em epígrafe, entendemos ser importante a identificação da situação concreta por que passam os transexuais no Brasil, de indiscutível interesse jurídico, a fim de que se instaure um debate multidisciplinar acerca da resolução ou atenuação das violações à sua dignidade e seus reflexos na órbita privada.

Conforme se constatará no próximo tópico, o despertar do direito pátrio para a proteção de minorias por orientação sexual e identidade de gênero é recente, sendo de notar que também no âmbito internacional, apenas em 26 de março de 2007 foram adotados pelo Conselho de Direitos Humanos da ONU, os Princípios de Yogyakarta (cidade da Indonésia, na qual se reuniu, de 6 a 9 de novembro de 2006, o ‘Grupo Internacional de Especialistas em Direito Internacional dos Direitos Humanos, Orientação

10 CASELLA, op. cit., p. 180-181.

11 DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya. Direito à livre orientação sexual e tutela da diversidade sexual pela Constituição Federal de 1988. In: FERRAZ, Carolina Valença (Org.); et al. *Manual do direito homoafetivo*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 76.

Sexual e Identidade de Gênero’), contendo orientações para aperfeiçoar a proteção das referidas minorias.¹²

No Brasil, em 29 de janeiro de 2013, em apoio ao Dia da Visibilidade Trans, o Ministério da Saúde, em parceria com a Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República, lançou uma campanha de combate à violência contra travestis e transexuais. Na oportunidade, foi anunciado que esses cidadãos poderão usar o nome social no cartão do Sistema Único de Saúde.

A Resolução nº 12, de 16 de janeiro de 2015 (da lavra da Presidenta do Conselho Nacional de Combate à Discriminação e Promoção dos Direitos de Lésbicas, Gays, Travestis e Transexuais), estabelece parâmetros para a garantia das condições de acesso e permanência de pessoas travestis e transexuais – e todas as que tenham sua identidade de gênero não reconhecida em diferentes espaços sociais – nos sistemas e instituições de ensino, formulando orientações quanto ao reconhecimento institucional da identidade de gênero e sua operacionalização.

Ratificando a gradual ocupação do espaço político pelas referidas minorias, em 18 de novembro de 2015, por meio de Decreto, a Presidenta da República convocou as 3ª Conferência Nacional de Políticas Públicas de Direitos Humanos da Comunidade LGBT, com o tema “Por um Brasil que Criminalize a Violência contra Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais”.

O reconhecimento estatal da situação de discriminação por que passa essa minoria, ainda que insuficiente, revela uma transição na relação “entre poder do Estado e poder dos grupos, entre maioria e minoria, entre poder econômico e os direitos dos marginalizados, dos mais desfavorecidos”.¹³ O processo de maturação social capaz de assegurar a tutela da integridade física e mental dos transexuais está em curso.

2 A MUDANÇA DE SEXO E SEUS REFLEXOS NO DIREITO BRASILEIRO

Contextualizado o tema à luz dos direitos da personalidade e tangenciada a discriminação por orientação sexual e identidade de

12 CASELLA, Paulo Borba. A proteção internacional dos direitos das minorias: o caso da minoria por orientação sexual e identidade de gênero. In JUBILUT, L. L. (Org.); et al. *Direito à diferença: aspectos teóricos e conceituais da proteção às minorias e aos grupos vulneráveis*, v. 1. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 185.

13 PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil*: introdução ao direito civil constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 6.

gênero, passaremos a debater a mudança de sexo e seus reflexos no direito brasileiro, com ênfase em duas situações relacionadas ao seu complexo procedimento de readequação de gênero: as intervenções cirúrgicas e os impasses relacionados com o registro civil.

A propósito, esclarece-se que o processo transexual inicia com a escolha da indumentária, passa pelo tratamento hormonal e terapêutico e finaliza com inúmeras cirurgias, traduzindo-se na “busca consistente de integração física, emocional, social, espiritual e sexual, conquistada com muito esforço e sacrifícios por pessoas que vivem infelizes e muitas vezes depressivas quanto ao próprio sexo”.¹⁴

Conforme se verá, a despeito de a orientação sexual ser um aspecto estreitamente relacionado com a intimidade do indivíduo, não é permitido ao transexual, sozinho, decidir pela realização da intervenção cirúrgica para a mudança de sexo e nem dispor livremente sobre seu estado de gênero para fins de registro civil, ainda que tais pendências interfiram diretamente na sua higidez mental.

A prática tem revelado, entretanto, que inúmeros transexuais têm recorrido a procedimentos clandestinos para alteração da genitália e de outras características físicas (retirada de seios, por exemplo) necessárias à compatibilização do seu gênero psíquico, sujeitando-se a flagrantes situações de risco de vida.

Pugnando pelo resguardo de um discutível “direito fundamental à felicidade”, parte da doutrina entende que é dever do Estado amparar juridicamente tais pretensões, não se justificando “a omissão do sistema jurídico em face da população formada por gays, bissexuais, travestis, transexuais, transgêneros e intersexuais”.¹⁵

Fazendo, porém, um contraponto ao suposto “direito à felicidade”, alerta-se para os inconvenientes desse direito (de conteúdo incerto e subjetivo) não ter amparo constitucional, gerando limitações moralizantes ao se associar à liberdade sexual, na medida em que esta pressupõe a ausência de controle estatal (e indiretamente, dos particulares).¹⁶ Assim,

14 DIAS, Maria Berenice. *União homossexual: o preconceito e a Justiça*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 123.

15 *Ibid.*, p. 521.

16 DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya. Direito à livre orientação sexual e tutela da diversidade sexual pela Constituição Federal de 1988. In: FERRAZ, Carolina Valença (Org.); et al. *Manual do direito homoafetivo*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 81.

pontua o autor, essa reivindicação objetiva é desvinculada do sentimento da felicidade, tendo em vista haver proteção da sexualidade quando não há felicidade (como no casamento por conveniência familiar ou na atividade sexual com fins lucrativos), justamente porque os interessados não precisam justificar suas opções com base em outro bem (a felicidade).

Comungando do entendimento de que a argumentação filosófica em torno da felicidade é despicinda para a afirmação da orientação sexual e identidade de gênero dos transexuais, entendemos que o proto-valor da dignidade da pessoa humana já é um suficiente ponto de partida para o refinamento das regras infraconstitucionais tendentes à regulação da matéria, ensejando uma adequada sindicabilidade em caso de eventual lesão.

Instado a se pronunciar sobre o assunto, o Superior Tribunal de Justiça invocou este princípio fundante da República Federativa do Brasil ao decidir, em 15 de novembro de 2009, que:

Para o transexual, ter uma vida digna importa em ver reconhecida a sua identidade sexual, sob a ótica psicossocial, a refletir a verdade real por ele vivenciada e que se reflete na sociedade. A falta de fôlego do Direito em acompanhar o fato social exige, pois, a invocação dos princípios que funcionam como fontes de oxigenação do ordenamento jurídico, marcadamente a dignidade da pessoa humana – cláusula geral que permite a tutela integral e unitária da pessoa, na solução das questões de interesse existencial humano.¹⁷

2.1 As Particularidades do Processo Transexualizador

No Brasil, até 1997 eram proibidas as cirurgias de mudança de sexo, que passaram a ser realizadas pelo Sistema Único de Saúde em 2008 (Portaria nº 457, de agosto). O processo transexualizador pode ser definido como um conjunto de estratégias assistenciais para transexuais que pretendem realizar modificações corporais do sexo, em função de um sentimento de desacordo entre seu fenótipo e seu gênero, conforme legislação específica e acompanhamento clínico. Atualmente, apenas cinco hospitais possuem habilitação junto ao SUS para a realização do processo, um em Goiânia, um em Porto Alegre, um no Rio de Janeiro, um em São Paulo e um em Recife.

17 BRASIL. REsp. 1008398/SP, Recurso Especial 2007/0273360-5, Relator(a): Min. Nancy Andriqui (1118), Órgão Julgador: Terceira Turma, data da publicação/fonte: DJe 18/11/2009, RMP v. 37, p. 301, RSTJ v. 217, p. 840.

Sobre a importância da realização da cirurgia para mudança de sexo, entende-se que “somente através desta que o paciente transexual encontrará o equilíbrio emocional, livrar-se-á das angústias e aflições e poderá desenvolver, livremente, sua personalidade”.¹⁸ A par do indiscutível caráter multidisciplinar desse tratamento cabe ao Estado salvaguardar a proteção da saúde para o bom atendimento das finalidades cirúrgicas.

Interpretada por alguns como peculiar em relação a outros direitos da personalidade (de livre execução por parte dos indivíduos e sem a interferência do Estado), a decisão subjetiva pela mudança de sexo transitou entre o público e o privado, na medida em que, por exemplo, não tendo havido alteração expressa do art. 129 do Código Penal, que trata da tipificação do crime de lesão corporal, impôs-se certo risco de punição aos profissionais de saúde que atuassem no respectivo procedimento cirúrgico.

A propósito, ao esmiuçar os artigos 3º e 4º da Resolução 1.652 do Conselho Federal de Medicina, registrou-se ser prescindível a intervenção do Judiciário para a realização da cirurgia de transformação plástico-reconstrutiva da genitália e demais caracteres sexuais àqueles com rejeição do fenótipo e tendência à automutilação e ou autoextermínio, ressaltando, porém, que “a melhor opção é solicitar alvará judicial para a obtenção de autorização para a cirurgia, a fim de evitar a imposição de sanções penais ao profissional que a realiza ou dela participa”.¹⁹

A “permissividade contida” a que se sujeitava a norma do Conselho não tinha aptidão para tutelar o direito à livre disposição do próprio corpo no caso concreto, frustrando a expectativa dos transexuais que não viam seu direito à personalidade amparado pelo ordenamento pátrio (defasado em relação à cultura dos direitos humanos que evoluía nos últimos anos), criminalizando condutas que deveriam ser atípicas.

Enquanto premissa de resguardo da diversidade, o reconhecimento da liberdade de orientação sexual surgiu como Objetivo Estratégico V, da Diretriz 10 (garantia da igualdade na diversidade), do Eixo Orientador III (universalizar direitos em um contexto de desigualdades) do Decreto nº 7.037, de 21 de dezembro de 2009 (Programa Nacional de Direitos Humanos, da Secretaria Especial de Direitos Humanos), prevendo normas para o tratamento da questão.

18 SZANIAWSKI, Elimar. *Limites e possibilidades do direito de redesignação do estado sexual*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 261.

19 TONI, Cláudia Thomé. *Manual de direitos dos homossexuais*. São Paulo: SRS, 2008. p. 27.

Ato contínuo à publicação do Decreto, o Conselho editou a Resolução nº 1.955/10 (revogando a Resolução nº 1.652/02), de modo a permitir, independentemente de autorização judicial, a realização de cirurgias de mudança de sexo (transgenitalização), em casos de transexualismo comprovado, fixando rígidos critérios: o paciente deve ser maior de 21 anos, não deve possuir características físicas inapropriadas para a cirurgia e deve ter diagnóstico médico de transgenitalismo, indicando o cabimento da cirurgia, após avaliação realizada por uma equipe multidisciplinar constituída por psiquiatra, cirurgião, endocrinologista, psicólogo e assistente social durante o período mínimo de dois anos.

Segundo a nova regulamentação, sendo a cirurgia para adequação de fenótipo feminino para o masculino, exige-se sua realização em hospitais universitários ou hospitais públicos adequados para a pesquisa, ao passo que do fenótipo masculino para o feminino, pode ser realizada em hospitais públicos ou privados. Em ambas as hipóteses, o procedimento cirúrgico independerá de autorização judicial.

Até 2014, segundo informações obtidas junto ao Portal Brasil (mantido pelo Governo Federal), foram realizados 6.724 procedimentos ambulatoriais e 243 procedimentos cirúrgicos em quatro serviços habilitados. Desde 2013, o Ministério da Saúde (Portaria nº 2.803) ampliou o processo transexualizador no SUS, aumentando o número de procedimentos ambulatoriais e hospitalares e incluindo a redesignação sexual de mulher para homem.

A Advocacia-Geral da União, órgão responsável pela defesa judicial e extrajudicial da Administração Federal, confirmou judicialmente ser imprescindível atender às exigências do SUS para a realização da cirurgia de mudança de sexo, estabilizando o procedimento de modo a tornar previsível o itinerário daqueles indivíduos que pretendem se valer da ajuda do Estado para arrefecer sua angústia.

2.2 Os Impasses Relacionados Com O Registro Civil

Realizada ou não a cirurgia para a mudança de sexo (transgenitalização), surge o impasse relacionado com a alteração de gênero no assento civil, já que a lei de registro público é omissa acerca do tema, havendo divergência sobre a admissibilidade desse procedimento e também sobre, caso admitido, qual seria o juízo competente para a sua chancela quando a pretensão for levada ao Judiciário (se as varas cíveis, de família ou de registro público).

Filiamo-nos ao entendimento de parte da doutrina, para quem a Vara de Família é a competente para apreciar a questão, através de procedimento de jurisdição voluntária, ouvido o Ministério Público, como fiscal da lei, sendo tal competência absoluta.²⁰

Esclarecido que a pretensão de alteração cadastral não está vinculada à cirurgia de redesignação morfológica e havendo a definição formal sobre qual juízo seria o competente para decidir a matéria, interessa discutir se haveria ou não alusão às razões da alteração no registro (inclusive no que tange à expedição de certidões a eventuais interessados), já que, segundo Toni (p. 30-32), “alguns juízes concedem a retificação de sexo, mas entendem que há de se consignar no registro o termo ‘transexual’, a fim de que se dê ampla publicidade da mudança operada”.

Respeitada a posição divergente, entendemos que após o transcurso de uma instrução processual multidisciplinar, com criteriosa aferição do diagnóstico do transexualismo, deve-se adotar no assento de nascimento o sexo psicológico do indivíduo, sem qualquer menção ao seu sexo físico, à ocorrência da sua mudança por cirurgia e tampouco referência à estigmatizante expressão “transexual”, a fim de que se tente atenuar o tormento psíquico, abrindo caminho para a construção de uma nova vida. Não é demais lembrar do Enunciado nº 530 da VI Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal, que assim pontuou: “a tutela da dignidade da pessoa humana na sociedade da informação inclui o direito ao esquecimento”.

O Superior Tribunal de Justiça se posicionou favoravelmente a um “esquecimento moderado” da situação pretérita, destacando que:

A interpretação conjugada dos arts. 55 e 58 da Lei n. 6.015/73 confere amparo legal para que transexual operado obtenha autorização judicial para a alteração de seu prenome, substituindo-o por apelido público e notório pelo qual é conhecido no meio em que vive. Não entender juridicamente possível o pedido formulado na exordial significa postergar o exercício do direito à identidade pessoal e subtrair do indivíduo a prerrogativa de adequar o registro do sexo à sua nova condição física, impedindo, assim, a sua integração na sociedade. No livro cartorário, deve ficar averbado, à margem do registro de prenome e de sexo, que as modificações procedidas decorreram de

20 FARIAS, Cristiano Chaves de. *Curso de Direito Civil: parte geral e LINDB*, v. 1, 13. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 185.

decisão judicial (REsp 737993 / MG, Relator Ministro João Otávio de Noronha (1123), Órgão julgador – quarta turma, data do julgamento 10/11/2009, publicado no DJe 18/12/2009).

O Supremo Tribunal Federal, através do Recurso Extraordinário nº 670422 (protocolado em 26 de janeiro de 2012 e sob a relatoria do Ministro Dias Toffoli), está analisando a possibilidade de alteração de gênero no assento civil de transexual, mesmo sem a realização de procedimento cirúrgico de redesignação de sexo. Por maioria, foi reconhecida a repercussão geral da matéria com a inclusão de entidades na qualidade de *amicus curiae* para o debate de indiscutível tema de cunho bioético, ainda pendente de julgamento.

Uma questão que deverá ser enfrentada pelo Tribunal acerca dos desdobramentos da mudança de sexo é a que diz respeito à natureza jurídica (constitutiva ou declaratória) dessa alteração, sendo de notar que a depender do entendimento, regras de direito intertemporal serão engendradas a fim de aquinhoar as relações jurídicas que se estabeleceram no passado.

3 CONCLUSÃO

Como se viu no presente artigo, o enfrentamento jurídico da questão (efeitos da mudança de gênero na órbita do direito privado no caso dos transexuais) no Brasil é recente, existindo inúmeras pendências a serem resolvidas, como a decisão sobre a alteração do assento civil (com ou sem o processo transexualizador), bem como as repercussões que advirão desse julgado do STF.

Apesar de não ter sido o enfoque da presente exposição, há inúmeros desafios relacionados com o direito público que ainda estão obscuros, desde o enfrentamento dos aspectos previdenciários (como a contagem de tempo de contribuição diferente entre homens e mulheres, por exemplo), passando pelo cumprimento de sanções penais em estabelecimentos adequados ao respectivo gênero, até as quotidianas regras de uso de banheiros públicos ou nas escolas, a demonstrar o quão alvissareiro é o estudo do tema modernamente.

Tendo em vista a mudança de rota nas relações privadas, inaugurada com a Constituição de 1988 e consolidada com a edição do Código Civil de 2002, experimentou-se a necessidade de aplicação dos paradigmas da solidariedade e da concretude nas relações civis, de modo a promover o enfrentamento de temas que antes estavam relegados, em tese, aos livros

de direito e hoje reclamam uma proteção oficial do Estado através de políticas públicas inclusivas, atentas aos dramas por que passa determinado segmento da sociedade, historicamente marginalizado.

Parte da doutrina já se posicionou favoravelmente à tese de que, alterado o registro, é possível o casamento, ao passo que outra entende ser necessária a abolição do sistema binário de identidade de gêneros e relações de poder que lhe são conexas, rejeitando as representações sobre o sexo que são impostas como ‘naturais’ pela ideologia dominante e impõem deveres de comportamento, e outra, mais além, critica o legislador pela omissão de normas que assegurem direitos, não perde a oportunidade de carimbar a legislação com o seu próprio preconceito, fazendo uso das expressões ‘homem e mulher’, ‘pai e mãe’, quando trata da família.

Apenas tangenciando o mérito da pertinência etimológica das palavras em epígrafe e de suas manutenções pelo ordenamento pátrio, entendemos como desnecessária a abolição desses importantes parâmetros caracterizadores da família (a exemplo do que se fez com o reconhecimento da “união estável”, sem suprimir a expressão “casamento”, por exemplo), ao mesmo tempo em que comungamos das impressões no sentido de que merece registro um tormentoso problema que ocorrerá se o transexual, com registro civil alterado, tinha filhos ou tinha sido casado anteriormente, dada a incerteza acerca de como deverão ficar os registros civis de sua prole e o seu estado civil.

Acerca do debate das especificidades e da múltipla dimensão da sexualidade, asseveramos que não há que se admitir uma interpretação restritiva, em face da necessidade de uma interpretação inclusiva, característica do contexto do Estado Social e Democrático. Entendemos que tais proposições, com balizamento bioético, merecem a devida reflexão dos variados segmentos da sociedade, a fim de que se avalie em que medida tal violência simbólica atenta contra a dignidade das minorias sob enfoque, sendo de notar, a par disso, que a vigente matriz constitucional erigiu no artigo 226 a família como base da sociedade, tendo especial proteção do Estado.

Figurando como um “princípio fundamental implícito” da República Federativa do Brasil (já que adjetivado pelo constituinte originário como base, alicerce), ao lado daqueles elencados expressamente no artigo 1º do Texto Magno, a relativização do que hoje se entende como família é não apenas possível como provável, sujeitando-se além das alterações formais ao fenômeno da mutação constitucional, de modo a contemplar as variadas formas de vivência e convivência na esfera pública e privada.

O escopo do presente artigo, conforme constatamos, foi ambicioso (notadamente pela necessidade de inúmeras incursões multidisciplinares com a preocupação de não descurar da objetividade necessária ao enfrentamento do problema proposto). As críticas que o texto encontrará serão suficientes retribuições ao esforço desempenhado, porque significarão a retomada e avanço do tratamento de tema tão caro, para quem, como nós, aqui revelamos, mais do que nunca, o interesse pela dialética e pelas incursões relacionadas com o direito das minorias.

REFERÊNCIAS

AZEVEDO, Álvaro Villaça de. *Estatuto da Família de fato*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

BITTAR, Carlos Alberto. *Os direitos da personalidade*. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BORDIEU, Pierre. *A dominação masculina*. Rio de Janeiro: Bertand Brasil, 2003.

CASELLA, Paulo Borba. A proteção internacional dos direitos das minorias: o caso da minoria por orientação sexual e identidade de gênero. In: JUBILUT, L. L. (Org.); et al. *Direito à diferença: aspectos teóricos e conceituais da proteção às minorias e aos grupos vulneráveis*. São Paulo: Saraiva, 2013.

CUNHA JUNIOR, Dirley da. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed. Salvador: Juspodium, 2008.

DIAS, Maria Berenice. *União homossexual: o preconceito e a Justiça*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

_____. Estatuto da Diversidade Sexual – uma lei por iniciativa popular. In: FERRAZ, Carolina Valença (Org.); et al. *Manual do direito homoafetivo*. São Paulo: Saraiva, 2013.

DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya. Direito à livre orientação sexual e tutela da diversidade sexual pela Constituição Federal de 1988. In: FERRAZ, Carolina Valença (Org.); et al. *Manual do direito homoafetivo*. São Paulo: Saraiva, 2013.

FACHIN, Luiz Edson; FACHIN, Melina Girardi. A proteção dos direitos humanos e a vedação à discriminação por orientação sexual. In: *Diversidade sexual e direito homoafetivo*. DIAS, Maria Berenice (coord.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

FARIAS, Cristiano Chaves de. *Curso de Direito Civil: parte geral e LINDB*. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

JABUR, Gilberto Haddad. *Liberdade de pensamento e direito à vida privada, conflito entre direitos da personalidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

NERY, João W. *Viagem solitária: memórias de um transexual 30 anos depois*. São Paulo: Leya, 2011.

OLIVEIRA, Maria Rita de Holanda Silva. O direito à liberdade de orientação sexual para além das limitações de gênero. In: *Manual do Direito Homoafetivo*. FERRAZ, Carolina Valença (coord.). São Paulo: Saraiva, 2013.

PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil: introdução ao direito civil constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

RIOS, Roger Raupp. *A homossexualidade no Direito*. Livraria do Advogado: Esmafe, 2001.

ROCHA, Maria Vital da.; SA, Itanieli Rotondo. Transsexualidade e o direito fundamental à identidade de gênero. *Revista do Instituto do Direito Brasileiro da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, v. 15, p. 2337-2364, 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

SCHREIBER, Anderson. *Direitos da personalidade*. São Paulo: Atlas, 2011.

SILVA JUNIOR, Enézio de Deus. Diversidade sexual e suas nomenclaturas. In: *Diversidade sexual e direito homoafetivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

SOUZA, Rabindranath V. A. Capelo de. *O direito geral de personalidade*. Coimbra: Coimbra, 1995.

SZANIAWSKI, Elimar. *Limites e possibilidades do direito de redesignação do estado sexual*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

TOBENAS, José Castan. *Los derechos de la personalidad*. Madrid: Reus, 1952.

TONI, Cláudia Thomé. *Manual de direitos dos homossexuais*. São Paulo: SRS Editora, 2008.

WALD, Arnaldo. *O novo direito de família*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

ZANINI, Leonardo Estevam de Assis. *Direitos da personalidade: aspectos essenciais*. São Paulo: Saraiva, 2011.

RECEBIDO EM: 23/03/2016

APROVADO EM: 30/08/2016

DO INSTITUTO DO MICROEMPREENDEDOR INDIVIDUAL NO DIREITO BRASILEIRO: CONCEITO, NATUREZA E REGIME JURÍDICO

***INDIVIDUAL MICRO-ENTREPRENEUR INSTITUTE IN BRAZILIAN
LAW: CONCEPT, NATURE AND LEGAL REGIME***

George Felício Gomes de Oliveira

Advogado

Mestrando em Direito pela Universidade Federal do Ceará

SUMÁRIO: Introdução; 1 Formação Econômica do Brasil e o Desenvolvimento; 2 Do instituto do Microempendedor Individual (MEI) no ordenamento jurídico brasileiro; 2.1 Fundamentos; 2.2 Conceito; 2.3 Natureza jurídica; 3 Regime jurídico tributário e previdenciário do Microempendedor Individual (MEI); 4 Conclusão; Referências.

RESUMO: A essência do desenvolvimento é a melhoria da qualidade de vida das pessoas menos favorecidas. Para atingir esse desiderato, a noção de desenvolvimento deve ser desatrelada do estrito espaço da economia e ampliada em direção à liberdade do ser humano. Argumenta-se que, no Brasil, tais meios sempre estiveram longe do alcance da maioria da população. Investiga-se, no presente estudo, uma iniciativa que almeja influenciar esse cenário: o Programa do Microempreendedor Individual. Estabelecido a partir da Lei Complementar nº 128/2008, referido instituto jurídico possibilita que determinadas categorias de trabalhadores informais legalizem-se como pequenos empresários, tornando-se, assim, acolhidos por uma política pública estatal. Examina-se os alicerces dessa estrutura, buscando esclarecer sua relação com o desenvolvimento do país, sendo essa a problemática investigada. Além disso, analisa-se o acerto dessa empreitada em prol do desenvolvimento de uma cidadania empresarial livre da burocracia historicamente excludente.

PALAVRAS-CHAVE: Microempreendedor Individual. Microempresa. Desenvolvimento. Política Pública. Direito Social.

ABSTRACT: The essence of development is to improve the quality of life of disadvantaged people. To achieve this aim, the notion of development should be uncoupled the narrow space of the economy and expanded toward human freedom. It is argued that, in Brazil, such means have always been out of reach of most people. It's investigated in this study, an initiative that aims to influence this scenario: The Individual Micro-entrepreneur Program. Established from the Complementary Law No. 128/2008, this legal institute allows certain categories of informal workers to legalize as small business owners, becoming thus welcomed by a state public policy. Examines the foundations of this structure, seeking to clarify its relationship with the country's development, which is the problem investigated. In addition, it analyzes the success of this venture for development of a free corporate citizenship historically exclusionary bureaucracy.

KEYWORDS: Individual Micro-Entrepreneur. Micro Enterprise. Development. Public Policy. Social Right.

INTRODUÇÃO

Ao longo do tempo, o conceito de desenvolvimento se confundia com o de crescimento econômico, medido por indicadores a exemplo do produto interno bruto per capita¹. Ou seja, quanto maior esse índice, mais desenvolvido era o país.

Entretanto, nas últimas décadas, novos olhares sobre o desenvolvimento têm introduzido alterações naquele conceito, de modo a ampliá-lo. É o caso, por exemplo, da teoria do economista Amartya Sen sobre o desenvolvimento como liberdade, a qual considera a expansão das capacidades humanas como elementos desse debate.

Essas capacidades estão relacionadas com o acesso aos meios que permitem aos indivíduos buscarem a melhoria de sua condição de vida.

Ocorre que esses instrumentos, no Brasil, sempre estiveram distantes da maioria da população, o que representa um componente do subdesenvolvimento característico de nosso país. O exame da formação econômica brasileira, ainda que sucinto, apresentará essa condição.

Recentemente, porém, introduziu-se no ordenamento jurídico brasileiro o instituto do microempreendedor individual (MEI), o que gerou a problemática objeto da pesquisa refletida neste estudo: há relação entre esse instituto e o desenvolvimento do país?

O objetivo geral do que se examina, a ser assim, é demonstrar a existência desse relacionamento à luz do novo conceito de desenvolvimento, desatrelado de questões estritamente econômicas. Isso será possível se as novas práticas possibilitadas pelo MEI expressarem mudanças efetivas no cotidiano dos indivíduos alcançados por essa política pública.

Mediante pesquisa de caráter interdisciplinar, através de metodologia de abordagem qualitativa e pura, além de exploratória quanto aos objetivos e bibliográfica e documental quanto às fontes, verifica-se o impacto dessa medida no ordenamento jurídico brasileiro, no sistema econômico e no cotidiano das pessoas sob seu manto acolhidos, sendo esses os objetivos específicos do trabalho.

1 Produto interno bruto (PIB), segundo Fábio Nusdeo, é “o valor do conjunto de todos os bens e serviços produzidos por um sistema econômico ao longo de um dado período, normalmente de um ano” (NUSDEO, Fábio. *Curso de economia: introdução ao direito econômico*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 299). PIB per capita, por sua vez, é aquele valor dividido pela população de um país.

1 FORMAÇÃO ECONÔMICA DO BRASIL E O DESENVOLVIMENTO

Dentre as várias formas de comparar as diferentes sociedades ao redor do planeta, tem-se que, avaliar o crescimento econômico, social e político de um país é das mais conhecidas. Através dessa análise, classificam-se as nações em desenvolvidas ou subdesenvolvidas.

Nesse contexto, o Brasil é um país subdesenvolvido, em razão das seguintes principais causas, em conjunto: escassez de capital²; pouco aproveitamento da mão-de-obra e dos recursos naturais disponíveis; baixo nível de industrialização e dependência econômica externa³.

Como consequência desses fatores, observa-se, em nosso país, de modo geral: baixo padrão de vida; baixa renda per capita; pouco avanço tecnológico; agricultura atrasada; escolarização deficiente; pequeno número de quadros técnicos ou científicos; má qualidade dos serviços de saúde ou de assistência social etc.

O subdesenvolvimento, acima caracterizado, porém, não pode ser confundido com ausência de desenvolvimento. Em verdade, o termo mais adequado para retratar essa situação é “em desenvolvimento”, conquanto aquele outro tenha recebido maior realce ao longo do tempo.

O Brasil, então, deve ser reconhecido como um país em desenvolvimento, pois essa situação não é, de modo algum, estanque. Tanto é assim que, atualmente, a economia brasileira é destacada entre as dez maiores do mundo, em números brutos⁴.

Embora não seja o cerne desse estudo investigar as razões históricas do subdesenvolvimento brasileiro, é importante trazer à baila, ainda que de forma resumida, parte dessa história.

Os alicerces da economia brasileira foram produtos naturais: pau-brasil, cana de açúcar, minério e café. Explica-se.

² Conceito econômico relacionado à prevalência de taxas de juros elevados.

³ VINER, Jacob. A Economia do Desenvolvimento. *Revista Brasileira de Economia*, v. 5, n. 2, p. 181-225, 1951.

⁴ Organizações internacionais a exemplo do Fundo Monetário Internacional (FMI) e Banco Mundial são responsáveis por essas classificações, as quais levam em consideração fatores como o Produto Interno Bruto (PIB) medido em dólares. Em números relativos, ressalte-se, o Brasil é apenas a 62ª economia do planeta, pois aqui se atenta para o PIB per capita (segundo relatório do FMI, *World Economic Outlook*, de 2014).

À época da colonização, no enredo europeu de ascensão de uma burguesia mercantil (calcada na acumulação de metais preciosos), a metrópole não encontrou em território brasileiro, de início, os ambicionados metais, e tampouco logrou alcançar as Índias, foco das especiarias. Logo, restou aos portugueses encontrar alternativas viáveis de exploração da colônia, daí a opção pela produção extrativa. E foi assim até meados do século 20.

Nessa contextura, nosso país foi utilizado como propulsor do método acumulativo (e explorador) do capitalismo europeu: aqui se produzia bens primários, de baixo valor agregado, de modo cíclico, com o propósito de exportação. Ou seja, o sentido da nossa colonização foi o de fornecimento de matérias-primas para produção de gêneros de elevado valor comercial: o que Caio Prado Junior⁵ relacionou com a colonização de exploração (em contraponto à colonização de povoamento, conceitos provenientes da obra de Leroy-Beaulieu⁶).

Celso Furtado⁷ assinala que nossa economia, lastreada nessa estrutura, assistiu ao avanço do tempo sem um mercado interno propriamente dito, sem base técnica ou empresarial, sem uma classe dirigente dinâmica voltada à industrialização e sem estímulos externos ou capacidade de realizar importações.

Por conseguinte, desprovida dessas características⁸, a economia brasileira não propiciou o desenvolvimento do país. E nem poderia, visto que a riqueza decorrente dessa exploração de produtos primários era, essencialmente, destinada ao exterior. O pouco que se investia em nossas terras tinha como pressuposto alavancar justamente os lucros estrangeiros.

Assim, a economia brasileira jamais permitiu o desenvolvimento autônomo do país. Somente nos anos 30, já no século XX, é que nosso sistema econômico iniciou um processo de rompimento desses ciclos,

5 PRADO JUNIOR, Caio. *Formação do Brasil Contemporâneo*: colônia. 12. ed. São Paulo: Brasiliense, 1972.

6 LEROY-BEAULIEU, Paul. *De la colonisation chez les peuples modernes*. 2. éd. rev., corr. et augm. Paris: Guillaumin, 1882.

7 FURTADO, Celso. *Formação econômica do Brasil*. 32. ed. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 2003.

8 Sabe-se da existência de contraponto a essas ideias, especialmente apontadas na obra de Jorge Caldeira, intitulada *História do Brasil com Empreendedores* (São Paulo: Mameluco, 2009). Contudo, mesmo diante das explicações sobre a existência de mercado interno não é possível negar a condição subdesenvolvida da nação brasileira.

no que Celso Furtado denominou de deslocamento do centro dinâmico da economia⁹.

Através de um processo de substituição de importações, iniciava-se a primeira etapa de industrialização do país, favorecendo o crescimento do mercado interno, de modo que a economia agora voltava-se para dentro – daí o deslocamento do seu centro dinâmico.

Naquele momento, dava os primeiros passos o mercado interno brasileiro, sempre dependente, contudo, do cenário mundial. Tanto que a crise do petróleo, nos anos 70, emperrou esse processo, seguida da enorme crise das dívidas dos países latino-americanos, havida nos anos 80, que gerou por sua vez estagnação por quase duas décadas da economia brasileira¹⁰.

Após apropriação da história, é compreensível que o constituinte de 1988, na efervescência da redemocratização e daquele momento de compreensão da nação, tenha elencado, como um dos valores da Constituição democrática, o desenvolvimento.

Antes considerado apenas como vetor da ordem econômica, o desenvolvimento foi alçado à categoria dos valores supremos da sociedade brasileira, a ser assegurado pela República, a partir de sua Constituição¹¹.

Ocorre que se faz necessário melhor esclarecer essa noção de desenvolvimento, a qual não se compõe por aspectos estritamente econômicos.

De acordo com Amartya Sen, o desenvolvimento é elemento essencial à expansão das liberdades humanas¹², e para atingi-lo é preciso “que se removam as principais fontes de privação de liberdade, pobreza e tirania, carência de oportunidades econômicas e destituição social sistemática,

9 FURTADO, Celso. *Formação econômica do Brasil*. 32. ed. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 2003.

10 PAULANI, Leda Maria. A inserção da economia brasileira no cenário mundial: uma reflexão sobre a situação atual à luz da história. *Boletim de Economia e Política Internacional*, v. 10, p. 89-102, 2012.

11 Assim se lê no preâmbulo da Constituição de 1988, *verbis*: “Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL”.

12 SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. São Paulo: Companhia das Letras, 2000. p.17.

negligência dos serviços públicos e intolerância ou interferência excessiva de Estados repressivos”¹³.

O desenvolvimento, então, deve proporcionar oportunidades sociais¹⁴ adequadas para os indivíduos, as quais se relacionam com as liberdades políticas¹⁵ e as facilidades econômicas¹⁶. Essas três categorias, ao lado das garantias de transparência¹⁷ e da segurança protetora¹⁸ reúnem-se, na doutrina de Amartya Sen, como liberdades instrumentais¹⁹.

A perspectiva de atuação do Estado interessado na promoção do desenvolvimento em prol do fortalecimento e da proteção das capacidades humanas (e das liberdades instrumentais) é de incentivador, especialmente nos países em desenvolvimento. Torna-se essencial, então, a elaboração de políticas públicas fomentando a criação de oportunidades sociais.

Em outra medida, as políticas públicas constituem o meio essencial de efetivação dos direitos sociais, a qual se encontra no âmago da geração do desenvolvimento.

Nesse passo, é importante observar a liberdade de iniciativa no cenário que se apresenta. Em última instância, essa liberdade decorre do direito humano de dispor de si próprio²⁰, base do desenvolvimento econômico, social e cultural dos povos.

Por conseguinte, é possível determinar, com amparo constitucional, a existência do direito fundamental à livre iniciativa.

Em busca da efetivação desse direito fundamental, encontram-se variadas iniciativas do Estado brasileiro, veiculadas como políticas públicas.

Dentre elas, a se examinar detidamente a seguir, encontra-se o Programa do Microempreendedor Individual (MEI).

13 SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. São Paulo: Companhia das Letras, 2000. p. 18.

14 Serviços de educação e saúde, por exemplo.

15 Ou seja, liberdade de expressão e eleições livres.

16 Oportunidades de participação no comércio e na produção.

17 Confiança entre as pessoas.

18 Rede de seguridade social.

19 SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. São Paulo: Companhia das Letras, 2000. p. 25.

20 Estabelecido, dentre outras fontes, no artigo 1º do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais.

2 DO INSTITUTO DO MICROEMPREENDEDOR INDIVIDUAL (MEI) NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Introduzido pela Lei Complementar nº 128, de 14 de dezembro de 2008²¹, o Programa do Microempreendedor Individual é voltado a pessoas que trabalham por conta própria, em categorias até então à margem de qualquer formalização especial²².

Referida lei propiciou a trabalhadores como cabeleireiros, pintores de parede e pipoqueiros, dentre outros²³, sua legalização como pequenos empresários, trazendo como consequência, por exemplo, a possibilidade de acesso à previdência social e a financiamento bancário, em razão do registro no Cadastro Nacional de Pessoas Jurídicas (CNPJ).

Com o intuito de precisar os contornos dessa nova legislação, o presente estudo envereda a seguir pelo cerne do Programa do Microempreendedor Individual, verificando seus fundamentos, conceito, natureza e regime jurídico.

2.1 Fundamentos

A condição de racionalidade inerente ao ser humano determina que a conduta do homem seja resultado de suas escolhas. E escolher significa estimar. Isto é, o modo como o ser humano se conduz em sua vida é definido pelos valores que determinam suas escolhas racionais²⁴.

Considerando que o homem se realiza em sociedade e sendo certa a afirmação segundo a qual onde há sociedade, há Direito, é precisa a lição de Francisco Meton Marques de Lima, para quem “O Direito deve ser considerado um instrumento de realização dos valores”²⁵. Ademais, segundo

21 Esta lei alterou sensivelmente a Lei Complementar nº 123/2006, especialmente mediante a introdução de normas acerca do Microempreendedor Individual.

22 Ou seja, categorias componentes da massa de trabalhadores informais.

23 No Anexo XIII da Resolução nº 94, do Comitê Gestor do Simples Nacional (CGSN), de 29 de novembro de 2011, encontra-se o rol de atividades permitidas ao MEI, dentre as quais podem ser citadas: alfaiate, bombeiro hidráulico, cabeleireiro, diarista, engraxate, fotógrafo, gesseiro, humorista, instrutor de música, jardineiro, lavadeira de roupas, motoboy, ourives, pipoqueiro, quitandeiro, rendeira, sapateiro, taxista, verdureiro etc.

24 FALCÃO, Raimundo Bezerra. *Hermenêutica*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 19.

25 LIMA, Francisco Meton Marques de. *Os livros dos valores: os valores da vida e a vida dos valores ou guia das escolhas de valor*. Teresina: Dinâmica Jurídica, 2014. p. 100.

o mesmo autor, lastreado por sua vez nos ensinamentos de Revorio²⁶, os valores cumprem três funções, sob o aspecto sociológico, a saber: “a) dar coerência e sentido ao código de normas e respectivo modelo; b) coagir psiquicamente as pessoas; e c) contribuir para a integração social da comunidade”²⁷.

Essa é a razão pela qual diversas constituições²⁸ assumem a importância dos valores em seus textos, destacando-os expressamente.

A Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 1988, como visto, enumera, desde seu preâmbulo²⁹, os valores supremos da sociedade brasileira. Dentre eles, ressalte-se, encontra-se o desenvolvimento.

É importante salientar que o desenvolvimento vem sendo formalmente reconhecido como um valor da humanidade, atrelado à dignidade humana, pelo menos desde o período pós-segunda guerra mundial. De início apontado como pressuposto da chamada descolonização, em prol da independência e autodeterminação dos territórios objeto daquele movimento, o desenvolvimento foi tido como valor essencial à tessitura de uma nova ordem econômica internacional tendente à globalização e ao aprimoramento das relações entre países desenvolvidos e em desenvolvimento³⁰.

O primeiro documento que normatizou o tema do desenvolvimento foi a Resolução nº 1.514, de 1960, da Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas (ONU), tendo a questão avançado³¹ em âmbito internacional de modo a culminar na Declaração da ONU sobre o Direito ao Desenvolvimento, de 1986. Observe-se algumas de suas normas:

26 REVORIO, Francisco Javier Diaz. *Los valores superiores en la constitución española*. Centro de estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1997, p. 34, *apud* LIMA, Francisco Meton Marques de. *Os livros dos valores: os valores da vida e a vida dos valores ou guia das escolhas de valor*. Teresina: Dinâmica Jurídica, 2014. p. 102.

27 LIMA, Francisco Meton Marques de. *Os livros dos valores: os valores da vida e a vida dos valores ou guia das escolhas de valor*. Teresina: Dinâmica Jurídica, 2014. p. 102.

28 Cite-se como exemplos as atuais constituições espanhola, russa, romena, alemã e brasileira.

29 Consoante as lições de Paulo Bonavides, o preâmbulo funciona, no mínimo, como guia do intérprete e aplicador do direito na tarefa de concretizar as normas (cf. BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*, 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2003).

30 CARDIA, Fernando. Uma breve introdução à questão do desenvolvimento como tema de direito internacional. In AMARALJUNIOR, Alberto do (org.). *Direito internacional e desenvolvimento*. Barueri: Manole, 2005, p. 54.

31 É digna de nota a criação, em 1965, do *United Nations Development Programme* (traduzido como o Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento, PNUD), com atuação em mais de 170 países e territórios, segundo informações constantes em seu site na internet. Disponível em: <<http://www.undp.org/content/undp/en/home/ourwork/overview.html>>. Acesso em: 25 nov 15.

Artigo 1º, §1. O direito ao desenvolvimento é um direito humano inalienável, em virtude do qual toda pessoa e todos os povos estão habilitados a participar do desenvolvimento econômico, social, cultural e político, para ele contribuir e dele desfrutar, no qual todos os direitos humanos e liberdades fundamentais possam ser plenamente realizados.

Artigo 2º, §1. A pessoa humana é o sujeito central do desenvolvimento e deveria ser participante ativo e beneficiário do direito ao desenvolvimento.

Artigo 2º, §3. Os Estados têm o direito e o dever de formular políticas nacionais adequadas para o desenvolvimento, que visem ao constante aprimoramento do bem-estar de toda a população e de todos os indivíduos, com base em sua participação ativa, livre e significativa, e no desenvolvimento e na distribuição equitativa dos benefícios daí resultantes.

É diante desse panorama internacional que a Constituição brasileira de 1988 consagra o desenvolvimento como um de seus valores supremos.

E como decorrência dessa opção pelo desenvolvimento, no artigo 1º da Constituição são estabelecidos, dentre os fundamentos da República, constituída em Estado Democrático de Direito, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa.

Entende-se livre iniciativa como vetor do direito de liberdade no aspecto econômico. Por sua vez, a liberdade econômica representa a possibilidade de acesso ao mercado, no sentido de produzir, comprar ou vender bens ou alienar sua força de trabalho com o mínimo de interferência estatal.

Dado esse contexto, assevera-se a livre iniciativa como um direito fundamental, no esteio das lições de Luciano Benetti Timm, a saber:

Por ser uma extensão da liberdade humana, a livre iniciativa é um direito fundamental. Em realidade, em uma economia de mercado, não há como existir dignidade humana sem liberdade econômica. Se num regime democrático a liberdade se manifesta na participação do cidadão pelo voto, no sistema capitalista é

o seu acesso ao mercado que lhe garantirá dignidade e outros direitos fundamentais como o trabalho³².

Daí porque a própria ordem econômica brasileira se funda na livre iniciativa e também na valorização do trabalho humano, como se verifica da leitura do art. 170, caput, da Constituição de 1988.

Ademais, uma das opções realizadas pelo constituinte de 1988 foi o tratamento jurídico diferenciado para as microempresas e empresas de pequeno porte, como se infere da leitura do artigo 179, *verbis*:

A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios dispensarão às microempresas e às empresas de pequeno porte, assim definidas em lei, tratamento jurídico diferenciado, visando a incentivá-las pela simplificação de suas obrigações administrativas, tributárias, previdenciárias e creditícias, ou pela eliminação ou redução destas por meio de lei.

Nesse quadrante, inclui-se o Microempreendedor Individual (MEI), espécie de microempresa, *mutatis mutandis*, e todo o arcabouço jurídico que lhe é pertinente.

2.2 CONCEITO

O MEI é, decerto, um empresário para o direito brasileiro. Nos termos do artigo 966 do Código Civil, “Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços”.

A partir dessa norma é possível aferir que empresa é a atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços. Referido conceito foi delineado com maestria por Alberto Asquini³³, em estudo clássico denominado Perfis da Empresa: o perfil funcional da empresa é justamente a atividade empresarial dirigida para um determinado escopo produtivo.

Encontra-se no art. 18-A, §1º, da Lei Complementar nº 123/2006, o conceito legal de MEI como o empresário individual que tenha auferido

32 TIMM, Luciano Benetti. O direito fundamental à livre iniciativa: na teoria e na prática institucional brasileira. *Revista da Ajuris*, v. 106, p. 115, 2007.

33 ASQUINI, Alberto. Profili dell' impresa. Tradução Fábio Konder Comparato. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo: RT, n. 104, p. 116, 1996.

receita bruta, no ano-calendário anterior, de até R\$ 60.000,00 (sessenta mil reais)³⁴, optante pelo Simples Nacional e que não esteja impedido de optar pela sistemática legal disciplinada naquele diploma.

2.3 NATUREZA JURÍDICA

Verificou-se que o art. 2º, §3º, da Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento confere ao ente estatal o dever de formular políticas nacionais adequadas ao desenvolvimento.

Isso porque o desenvolvimento é realizado principalmente por meio das políticas públicas, cujo conceito é delineado por Maria Paula Dallari Bucci como “os programas de ação do governo para a realização de objetivos determinados num espaço de tempo certo”³⁵.

Assim, pode-se afirmar que as políticas públicas constituem o modo através do qual o Estado (sobretudo o caracterizado como desenvolvimentista³⁶) realiza os imperativos do desenvolvimento³⁷.

Deve-se referir, nesse passo, que desenvolvimento também pode ser conceituado como a aquisição progressiva de todos os direitos humanos (econômicos, culturais, sociais, civis e políticos)³⁸.

Sobre o assunto, é importante destacar que os direitos sociais “realizam-se pela execução de políticas públicas, destinadas a garantir amparo e proteção social aos mais fracos e mais pobres; ou seja, aqueles que não dispõem de recursos próprios para viver dignamente”³⁹.

34 Vale destacar a tramitação, no Senado Federal, do PLS 195/2010, que propõe a ampliação (para R\$ 72.000,00 anuais) do valor da receita bruta exigida para que um empresário individual possa ser enquadrado como Microempreendedor Individual. Nesse momento, o projeto de lei encontra-se na Secretaria Legislativa do Senado Federal). Fonte: <<http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/97502>>. Acesso em: 09 mar. 16.

35 BUCCI, Maria Paula Dallari. Políticas públicas e direito administrativo. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 34, n. 133, p. 95, jan./mar. 1997.

36 Sobre o conceito de Estado desenvolvimentista, cf. PERISSINOTTO, Renato. O conceito de Estado Desenvolvimentista e sua utilidade para os casos brasileiro e argentino. *Revista de Sociologia e Política*, v. 22, n. 52, p. 59-75, dez. 2014.

37 CARDIA, Fernando. Estado, desenvolvimento e políticas públicas. In: AMARAL JUNIOR, Alberto do (org.). *Direito internacional e desenvolvimento*. Barueri: Manole, 2005. p. 89.

38 SACHS, Ignacy. O desenvolvimento enquanto apropriação dos Direitos Humanos. In: *Estudos avançados*, v. 12, n. 33, p. 149-156, maio/ago. 1998.

39 COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 7. ed. revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 77.

Em verdade, historicamente, o Direito tem sido associado a duas de suas funções: a protetora e a repressiva. Não poucas vezes, inclusive, ambas estão unidas: o Direito é protetor em relação aos atos lícitos, mediante a repressão aos atos ilícitos.

Ocorre que, *pari passu* a essas funções está a função promocional do Direito, a qual se efetiva por intermédio das sanções positivas⁴⁰ (técnica do encorajamento).

Referida técnica enaltece a função do Direito como verdadeiro vetor de transformação social, na medida em que se trata de um sistema aberto sob a ótica do Estado Democrático de Direito.

Logo, é imperioso o uso das normas jurídicas voltado ao incentivo à adoção de condutas especiais, e não apenas com o fim de proteção e repressão. O direito, nesse contexto, há de ser caracterizado como instrumento voltado à efetivação de políticas públicas⁴¹.

Sabe-se que o principal tipo normativo utilizado para veicular políticas públicas é a lei. E aqui se insere a Lei Complementar nº 128/2008, a qual introduziu o Programa do Microempreendedor Individual no direito brasileiro, cuja natureza jurídica é de política pública⁴².

Interessante se mostra, para melhor compreensão do que ora se propõe, a leitura do documento de referência EM nº 13/MF/MDIC/MPS, de 7 de abril de 2011, disponível na internet⁴³, e subscrito por Guido

40 De acordo com Bobbio, "A introdução da técnica do encorajamento reflete uma verdadeira transformação na função do sistema normativo em seu todo e no modo de realizar o controle social. Além disso, assinala a passagem de um controle passivo – mais preocupado em desfavorecer as ações nocivas do que em favorecer as vantajosas – para um controle ativo – preocupado em favorecer as ações vantajosas mais do que em desfavorecer as nocivas" (BOBBIO, Norberto. *Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito*. São Paulo: Manole, 2007. p. 14-15).

41 MATIAS, João Luís Nogueira. A ordem econômica e o princípio da solidariedade na Constituição Federal de 1988. *Revista Nomos – Revista do Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da UFC*, Fortaleza, n. 28, p. 73-74, jul./dez. 2009.

42 A propósito, assim estabelece o art. 18-E, caput, da Lei Complementar nº 123/2006: "O instituto do MEI é uma política pública que tem por objetivo a formalização de pequenos empreendimentos e a inclusão social e previdenciária".

43 Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/Exm/EMI-13-MF-MDIC-MPS-Mpv529.htm>. Acesso em: 13 jun 15. Excertos: [...] 2. A Lei Complementar no 128, de 19 de dezembro de 2008, criou condições especiais para que o trabalhador conhecido como "informal" possa se tornar microempreendedor individual e, assim, passar a atuar como microempresário participante da chamada "economia formal". [...] Finalmente, a proposta se mostra urgente na medida em que se busca o

Mantega (então Ministro da Fazenda), Fernando Damata Pimentel (à época Ministro do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior do Brasil) e Garibaldi Alves Filho (na ocasião Ministro da Previdência Social).

Compreende-se, com clareza, que o Programa do Microempreendedor Individual, criado mediante a Lei Complementar nº 128, de 19 de dezembro de 2008, representa evidente política pública estatal, à medida que tem como alicerce a criação de condições especiais para retirar um grande número de trabalhadores da condição de informalidade.

Referido programa, portanto, tem por objetivo principal combater a informalidade de determinadas atuações no mercado de trabalho e conferir proteção social a esses trabalhadores. São dezenas de categorias que sempre encontraram dificuldades, decorrentes do próprio sistema, de formalizarem-se perante a lei.

Considerando a importância desse tipo de iniciativa para o desenvolvimento das pessoas, da economia e mesmo do país, em alguma medida, é certo concluir que o MEI se reveste dos caracteres de uma política pública, sendo essa a sua natureza.

Determinada a natureza do Programa do Microempreendedor Individual, investiga-se a natureza jurídica do próprio instituto do MEI: trata-se de figura *sui generis* no ordenamento ou uma espécie de microempresa?

De início, vale ressaltar que até o advento da Lei Complementar nº 128/2008, o Microempreendedor Individual inexistia no conjunto normativo brasileiro.

A propósito da microempresa, contudo, a Lei nº 7.256, de 27 de novembro de 1984⁴⁴, inovou na matéria, instituindo o Estatuto de Microempresa e prevendo seu tratamento diferenciado, questão que viria a ser incluída no texto constitucional, exatamente em razão de sua opção pelo desenvolvimento como valor e como princípio.

aumento do número de empreendedores individuais na economia formal; para isso, a imediata vigência da nova regra incentiva o avanço do programa sem se abdicar da proteção previdenciária central ao microempreendedor. [...].

44 Revogada pela Lei nº 9.841, de 5 de outubro de 1999, por sua vez revogada pela Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006, ora vigente como o Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte.

Entretanto, desde o início o conceito de microempresa, e em seguida também o de empresa de pequeno porte, esteve vinculado ao faturamento dessas entidades.

Atualmente, as definições a respeito encontram-se no artigo 3º da Lei Complementar nº 123/2006, veja-se:

Art. 3º Para os efeitos desta Lei Complementar, consideram-se microempresas ou empresas de pequeno porte, a sociedade empresária, a sociedade simples, a empresa individual de responsabilidade limitada e o empresário a que se refere o art. 966 da Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), devidamente registrados no Registro de Empresas Mercantis ou no Registro Civil de Pessoas Jurídicas, conforme o caso, desde que:

I - no caso da microempresa, aufera, em cada ano-calendário, receita bruta igual ou inferior a R\$ 360.000,00 (trezentos e sessenta mil reais); e

II - no caso da empresa de pequeno porte, aufera, em cada ano-calendário, receita bruta superior a R\$ 360.000,00 (trezentos e sessenta mil reais) e igual ou inferior a R\$ 3.600.000,00 (três milhões e seiscentos mil reais).

Portanto, o Microempreendedor Individual é espécie do gênero microempresa⁴⁵. Seu conceito legal, como visto, decorre do art. 18-A da Lei Complementar nº 123/2006, cuja norma o define como o empresário individual que tenha auferido receita bruta, no ano-calendário anterior, de até R\$ 60.000,00 (sessenta mil reais), optante pelo Simples Nacional e que não esteja impedido de optar pela sistemática legal disciplinada naquele diploma.

Logo, por auferir receita bruta de no máximo 60 mil reais, por ano-calendário, o MEI encontra-se dentro do conceito de microempresa (auferir não mais que 360 mil reais por ano-calendário).

É importante estabelecer que, sendo espécie de microempresa, as normas referentes a este instituto aplicam-se, regra geral, ao Microempreendedor Individual, salvo se houver no ordenamento normas específicas a seu respeito. Ademais, consoante o disposto no art. 18-E, §2º, da Lei Complementar nº 123/2006, “Todo benefício previsto nesta

45 A esse respeito, o art. 18-E, §3º, da Lei Complementar nº 123/2006 assevera: “O MEI é modalidade de microempresa”.

Lei Complementar aplicável à microempresa estende-se ao MEI sempre que lhe for mais favorável”.

Por conseguinte, optou-se por examinar o conjunto normativo respeitante, exclusivamente, à figura aqui em estudo, qual seja, o MEI.

A ser assim, verifica-se primeiramente as normas dispostas na Lei Complementar nº 128/2008 a respeito do instituto. Denota-se, no caso, que tais normas foram acrescidas à Lei Complementar nº 123/2006, a qual veicula o Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte. Mencione-se, outrossim, que as Leis Complementares nº 139, de 10 de novembro de 2011, e 147, de 07 de agosto de 2014, também promoveram alterações no citado Estatuto.

3 REGIME JURÍDICO TRIBUTÁRIO E PREVIDENCIÁRIO DO MICROEMPREENDEDOR INDIVIDUAL (MEI)

Observe-se a relação normativa pertencente à LC 123/2006:

art. 4º, §§3º, 3º-A e 4º: dispõem sobre custos zero de registro, isenção de taxas de vigilância sanitária e requisitos para cobrança associativa;

art. 7º, parágrafo único: trata do alvará municipal de funcionamento provisório;

art. 18-A: prevê a possibilidade de adesão ao Simples Nacional, conceitua o instituto, determina que o Comitê Gestor do Simples Nacional⁴⁶ (CGSN) estabelecerá normas sobre o tema, dentre outras regras;

art. 18-B: cuida do recolhimento de contribuição social por parte da empresa que contrata o MEI;

art. 18-C: estabelece a possibilidade de o MEI contratar um empregado;

art. 18-D: determina tratamento favorecido ao MEI em relação ao IPTU;

art. 18-E: apresenta as características essenciais do MEI como uma política pública, além de assegurá-lo como espécie do gênero microempresa;

46 Órgão colegiado do Ministério da Fazenda, com poderes de regulação.

art. 25, §4º: destaca obrigação fiscal acessória acerca do ICMS;

art. 26, §§1º e 6º: regula a emissão de determinado documento fiscal nas hipóteses que especifica;

art. 36-A: firma multa para a ausência de informação sobre o desenquadramento; e

Art. 38, §6º: institui multa para a não apresentação da Declaração Simplificada da Pessoa Jurídica.

Deve-se destacar que a Lei Complementar nº 147/2014 alterou leis importantes, a exemplo da Lei de Falências (Lei nº 11.101/2005) e da Lei dos Juizados Especiais (Lei nº 9.099/1995).

Na primeira, incluiu-se a alínea ‘d’ no inciso IV do artigo 83, de modo a conferir aos créditos em favor dos microempreendedores individuais a condição de crédito com privilégio especial na ordem de classificação dos créditos na falência.

A respeito da Lei nº 9.099/1995, alterou-se a redação do inciso II do §1º do artigo 8º para explicitar que as pessoas enquadradas como microempreendedores individuais compõem o rol fechado daquelas admitidas a propor ação perante o Juizado Especial.

Como visto acima, o CGSN tem poderes de estabelecer normas a respeito das entidades regidas pela Lei Complementar nº 123/2006, dentre as quais se encontra o MEI, objeto deste estudo.

Em seu âmbito de atuação, o CGSN emitiu a Resolução nº 94, de 29 de novembro de 2011, arts. 91 a 108-A, a qual traça contornos mais precisos acerca das várias regras existentes sobre o MEI, além de criar o Sistema de Recolhimento em Valores Fixos Mensais dos Tributos abrangidos pelo Simples Nacional – SIMEL.

Deve-se mencionar o recente Decreto nº 8.538, de 06 de outubro de 2015, o qual regulamenta o tratamento favorecido, diferenciado e simplificado para as microempresas, empresas de pequeno porte, agricultores familiares, produtores rurais pessoa física, microempreendedores individuais e sociedades cooperativas de consumo nas contratações públicas de bens, serviços e obras no âmbito da administração pública federal.

Esse decreto tem por objetivo a promoção do desenvolvimento econômico e social no âmbito local e regional, a ampliação da eficiência das políticas públicas e o incentivo à inovação tecnológica.

Outro aspecto que merece destaque em nosso ordenamento diz respeito à ampliação do acesso às instituições financeiras concedido ao MEI. A Resolução nº 4.395, de 30 de dezembro de 2014, do Conselho Monetário Nacional, que define os encargos financeiros e o bônus de adimplência das operações realizadas com recursos dos Fundos Constitucionais de Financiamento de que trata o art. 1º da Lei nº 10.177, de 12 de janeiro de 2001, permite melhores condições de financiamento aos Microempreendedores Individuais, inclusive, como se verifica em seu art. 2º, o qual optou pelo termo genérico empreendedores, permitindo assim a inclusão do MEI⁴⁷.

Deve-se citar a existência do Comitê para Gestão da Rede Nacional para Simplificação do Registro e da Legalização de Empresas e Negócios – CGSIM, previsto no art. 2º, III, da Lei Complementar nº 123/2006, e criado para tratar do processo de registro e de legalização de empresários e de pessoas jurídicas. Referido comitê também possui competência para elaborar normas sobre o MEI. Dentre essas normas, especial atenção merece a Resolução CGSIM nº 16, de 17 de dezembro de 2009, a qual dispõe sobre o procedimento especial para o registro e legalização do Microempreendedor Individual.

A propósito da Rede Nacional para Simplificação do Registro e da Legalização de Empresas e Negócios – REDESIM, pode-se mencionar a Resolução nº 29, de 29 de novembro de 2012, a qual dispõe sobre recomendação da adoção de diretrizes para integração do processo de licenciamento pelos Corpos de Bombeiros Militares pertinente à prevenção contra incêndios e pânico à REDESIM. Esta norma, em seu artigo 13, parágrafo único, estabelece que “O Microempreendedor Individual – MEI possui isenção de taxas, emolumentos e demais custos relativos à abertura, à inscrição, ao registro, ao alvará, à licença, ao cadastro e aos demais itens relativos ao disposto na Lei Complementar nº 123, de 2006”.

47 É preciso informar que, anteriormente à citada Resolução, a questão era tratada pela Lei nº 10.177, de 12 de janeiro de 2001, a qual nunca previra a figura do MEI. Após a edição da Lei nº 12.793, de 2013, a competência para dispor sobre a matéria passou a ser do Conselho Monetário Nacional, o qual, através da Resolução nº 4.395/2014, simplificou o tema ao escolher o termo genérico “empreendedores”, alargando, assim, o alcance dos financiamentos, em prol do desenvolvimento da nação.

Mencione-se, ainda, a existência do Comitê para Gestão da Rede Nacional para Simplificação do Registro e da Legalização de Empresas e Negócios – CGSIM, previsto no art. 2º, III, da Lei Complementar nº 123/2006, e criado para tratar do processo de registro e de legalização de empresários e de pessoas jurídicas. Referido comitê também possui competência para elaborar normas sobre o MEI. Dentre essas normas, especial atenção merece a Resolução CGSIM nº 16, de 17 de dezembro de 2009, a qual dispõe sobre o procedimento especial para o registro e legalização do Microempreendedor Individual.

É imperioso avaliar, porém, se a inclusão de milhares de trabalhadores no sistema de previdência social não teria por foco principal o aumento da arrecadação fiscal, tendo em vista o grande número de novas contribuições (ainda que de valores reduzidos).

De fato, esse é um aspecto que tem de ser levado em consideração. Não obstante, sabe-se que a sistemática tributária envolvida nessa temática é a do Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e Empresas de Pequeno Porte (Simples Nacional).

Na prática, as empresas optantes pelo Simples Nacional têm sua carga tributária reduzida. Em consequência dessa política pública, referido sistema é caracterizado como um gasto tributário⁴⁸, pois o que se arrecada tributariamente é menor do que o que se paga. Logo, está-se diante, em verdade, de um cenário de renúncia fiscal⁴⁹.

Portanto, conquanto pareça haver aumento da arrecadação fiscal, na prática as políticas de estímulo aos pequenos empreendimentos em

48 Conforme a Receita Federal do Brasil, “A renúncia fiscal decorrente da aplicação do Simples Nacional, estimada para o ano de 2015, alcança R\$ 72,44 bilhões. Esse valor é obtido pela simulação de uma tributação normal, com base nos parâmetros da sistemática de tributação com base no Lucro Presumido, para os contribuintes que participaram do regime, onde, a partir da receita bruta declarada, se estima quanto seria devido de tributos e se deduz o quanto foi efetivamente pago” (Arrecadação do Simples Nacional em 2015 – Inclusão de novos setores, efeitos no Lucro Presumido/Lucro Real e Impactos do PLP 25/2007, estudo datado de 24 de agosto de 2015. Disponível em: <<http://idg.receita.fazenda.gov.br/dados/receitadata/estudos-e-tributarios-e-aduaneiros/estudos-e-estatisticas/estudos-diversos/EstudosSimplesNacional24ago2015aret..pdf>>. Acesso em: 29 nov. 15).

49 Cf. PAES, Nelson Leitão. Simples Nacional no Brasil: o difícil balanço entre estímulos às pequenas empresas e aos gastos tributários. *Nova economia*, Belo Horizonte, v. 24, n. 3, p. 541-554, dez. 2014. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-63512014000300541&lng=en&nrm=i>. Acesso em: 29 nov. 15.

nosso país revelam na verdade renúncia fiscal, corroborando o caráter de políticas públicas que as envolvem.

No Portal do Empreendedor, na internet⁵⁰, são listados e esclarecidos os benefícios para o enquadramento como MEI, a saber:

- a) Cobertura previdenciária;
- b) Menor custo com funcionário⁵¹;
- c) Sem taxas de registro: a formalização requer pagar somente o boleto mensal;
- d) Sem burocracia;
- e) Acesso a serviços bancários, inclusive crédito: o MEI pode abrir conta empresarial e pedir financiamento⁵²;
- f) Compras e vendas em conjunto: é possível comprar e vender juntamente com outras empresas;
- g) Menos tributos: cobrança unificada e pouco onerosa. O MEI é enquadrado no Simples Nacional, ficando isento dos tributos federais (Imposto de Renda, PIS, Cofins, IPI e CSLL). Desta feita, pagará tão-só o valor fixo mensal de R\$ 45,00 (comércio ou indústria), R\$ 49,00 (prestação de serviços) ou R\$ 50,00 (comércio e serviços), os quais serão destinados à Previdência Social (R\$ 44,00) e ao ICMS (R\$ 1,00) ou ao ISS (R\$ 5,00);
- h) Controles muito simplificados: pode dispensar o uso de contador;
- i) Emissão de alvará pela Internet: sem taxas e sem burocracia;
- j) Possibilidade de vender para o Governo: MEI pode participar de licitações e vender para todas as esferas do governo;

⁵⁰ Disponível em: <<http://www.portaldoempreendedor.gov.br>>. Acesso em: 24 ago. 2016.

⁵¹ O MEI pode contratar um empregado que receba um salário mínimo ou o piso da categoria.

⁵² Existem, nos bancos públicos federais oficiais de fomento, programas de financiamento especiais para esse público alvo, a exemplo do Crediamigo e do FNE/EI do Banco do Nordeste do Brasil S/A.

- k) Serviços gratuitos: MEI conta com uma rede de empresas que pode prestar serviços de graça (a exemplo de assessoria contábil);
- l) Apoio técnico do Sebrae: O Sebrae ajuda o MEI a organizar o seu negócio;
- m) Possibilidade de crescimento como empreendedor;
- n) Segurança jurídica: lei que protege seu negócio.

Atualmente, para ser registrado como Microempreendedor Individual, há que se faturar, no máximo, R\$ 60 mil ao ano, e não ter participação em outra empresa como sócio ou titular. Ademais, segundo o art. 4º, § 1º, da Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006, o processo de registro do Microempreendedor Individual “deverá ter trâmite especial, opcional para o empreendedor na forma a ser disciplinada pelo Comitê para Gestão da Rede Nacional para a Simplificação do Registro e da Legalização de Empresas e Negócios”.

Por conseguinte, é correto asseverar que a inclusão dessa política pública no conjunto normativo brasileiro reflete a intenção de proteção social, a qual decorre, em última instância, do princípio da solidariedade social conformador da ordem econômica.

4 CONCLUSÃO

O direito fundamental à livre iniciativa é um dos pilares do desenvolvimento, o qual funda a ordem econômica, orienta a atividade produtiva e permite ao ser humano livre encontrar, mediante oportunidades sociais adequadas, a possibilidade de moldar seu próprio destino⁵³.

De acordo com Celso Furtado, “O desenvolvimento econômico [...] consiste na introdução de novas combinações de fatores de produção que tendem a aumentar a produtividade do trabalho”⁵⁴.

53 SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. São Paulo: Companhia das Letras, 2000. p. 71.

54 FURTADO, Celso. *Desenvolvimento e subdesenvolvimento*. Rio de Janeiro: Contraponto: Centro Internacional Celso Furtado, 2009. p. 86.

Desta feita, a política pública veiculada através do Programa do Microempreendedor Individual, que tem por missão a formalização de pequenos empreendimentos e a inclusão social e previdenciária, insere-se nesse palco em razão de sua contribuição à justiça social voltada ao desenvolvimento humano.

O Microempreendedor Individual (MEI), antes relegado ao mercado informal, passa a ter acesso ao sistema econômico de modo formal, alcançando, inclusive, proteção social mediante sua inscrição no regime previdenciário nacional.

Revestido do caráter de microempresa, o MEI encontra amparo estatal para o seu desenvolvimento, tendo em vista a obrigação constitucional de tratar tais entidades de modo favorecido dentro do mercado.

Alfim, há razões para acreditar no sucesso dessa iniciativa, a qual já propiciou a formalização de 6.350.869 (seis milhões, trezentos e cinquenta mil e oitocentos e sessenta e nove) brasileiros até o momento⁵⁵.

A quantidade de pessoas (trabalhadores, famílias e consumidores) atingidas por esse número atesta a qualidade e a adequação da política pública examinada, e isso, somado à questão econômica decorrente, permite acreditar no acerto do Programa do Microempreendedor Individual como uma das veredas que conduzem ao desenvolvimento do Brasil.

Tendo em vista que a saída da informalidade gera amparo social ao indivíduo que antes não o tinha, abrindo-lhe ainda portas as mais diversas para seu crescimento pessoal e mesmo da sua atividade empresarial, conclui-se que o MEI representa um caminho para a expansão da liberdade e para o desenvolvimento humano.

Essa característica é significativa para uma só pessoa. Logo, quando se verifica o envolvimento de muitos milhares de brasileiros nessa política pública pode-se assegurar sua contribuição para o desenvolvimento do país.

55 Dados extraídos do Portal do Empreendedor na internet, atualizados em 20 de agosto de 2016. Disponível em: <<http://www.portaldoempreendedor.gov.br/estatistica/lista-dos-relatorios-estatisticos-do-mei>>. Acesso em: 24 ago 16.

REFERÊNCIAS

ASQUINI, Alberto. Profili dell' impresa. Tradução Fábio Konder Comparato. In: *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, nº 104, p. 109-126. São Paulo: RT, 1996.

BOBBIO, Norberto. *Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito*. São Paulo: Manole, 2007.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

BRAVO, Kalinka Conchita Ferreira da Silva. *Desoneração tributária: a questão do não favorecimento no Simples nacional*. Monografia. Prêmio Tributação e Empreendedorismo. Comitê Gestor do Simples Nacional, 2011. Disponível na internet em <http://www8.receita.fazenda.gov.br/SimplesNacional/Arquivos/noticias/monografia_da_primeira_colocada.pdf>. Acesso em: 01 fev. 2016.

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

CALDEIRA, Jorge. *História do Brasil com empreendedores*. São Paulo: Mameluco, 2009.

CALLEGARI, José Carlos. Desenvolvimento econômico, direito do trabalho e direitos sociais: uma análise das convenções da organização internacional do trabalho. In: PIOVESAN, Flávia; SOARES, Inês Virgínia Prado (Coord.). *Direito ao desenvolvimento*. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

CARDIA, Fernando. Estado, desenvolvimento e políticas públicas. In: AMARAL JUNIOR, Alberto do (org.). *Direito internacional e desenvolvimento*. Barueri: Manole, 2005.

_____. Uma breve introdução à questão do desenvolvimento como tema de direito internacional. In: AMARAL JUNIOR, Alberto do (org.). *Direito internacional e desenvolvimento*. Barueri: Manole, 2005.

COLBARI, Antonia de Lourdes. Do Autoemprego ao Microempreendedorismo Individual: Desafios Conceituais e Empíricos. *Revista Interdisciplinar de Gestão Social*, v.4, n.1, p. 165-189, jan./mar. 2015.

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 7. ed. revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2010.

D'AGUIAR, Rosa Freire (org.). *Essencial Celso Furtado*. São Paulo: Penguin Classics: Companhia das Letras, 2013.

FALCÃO, Raimundo Bezerra. *Hermenêutica*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

FONTES, Adriana; PERO, Valéria. Desempenho dos microempreendedores no Brasil. *Revista Economia*, Brasília(DF), v.12, n. 3, p. 635–665, set./dez. 2011.

FREY, Klaus. Políticas públicas: um debate conceitual e reflexões referentes à prática da análise de políticas públicas no Brasil. In: *Planejamento e políticas públicas*, n. 21, p. 212-259, 2000.

FURTADO, Celso. *Desenvolvimento e subdesenvolvimento*. Rio de Janeiro: Contraponto: Centro Internacional Celso Furtado, 2009.

_____. *Formação econômica do Brasil*. 32. ed. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 2003.

_____. *Raízes do subdesenvolvimento*. Rio de Janeiro: Civilização brasileira, 2003.

LEROY-BEAULIEU, Paul. *De la colonisation chez les peuples modernes* (2e éd. rev., corr. et augm.). Paris: Guillaumin, 1882.

LIMA, Francisco Meton Marques de. *O livro dos valores: os valores da vida e a vida dos valores ou guia das escolhas de valor*. Teresina: Dinâmica Jurídica, 2014.

MATIAS, João Luís Nogueira. A ordem econômica e o princípio da solidariedade na Constituição Federal de 1988. In: *Revista Nomos – Revista do Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da UFC*. Fortaleza, n. 28, p. 73-74, jul./dez. 2009.

NUSDEO, Fábio. *Curso de economia: introdução ao direito econômico*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

OLIVEIRA, João Maria. Empreendedor individual: ampliação da base formal ou substituição do emprego? In: *Radar: tecnologia, produção e comércio exterior*. Brasília: IPEA, v. 25, p. 33-44, 2013.

PACOBAYHA, Fernanda Mara de Oliveira Macedo Carneiro. *O microempreendedor individual como expressão de extrafiscalidade no direito tributário nacional*. Dissertação (mestrado) – Universidade de Fortaleza, 2011.

PAES, Nelson Leitão. Simples Nacional no Brasil: o difícil balanço entre estímulos às pequenas empresas e aos gastos tributários. *Nova economia*, Belo Horizonte, v. 24, n. 3, p. 541-554, dez. 2014. Disponível em: < http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-63512014000300541&lng=en&nrm=iso >. Acesso em: 29 nov. 15.

PAULANI, Leda Maria. A inserção da economia brasileira no cenário mundial: uma reflexão sobre a situação atual à luz da história. *Boletim de Economia e Política Internacional*, v. 10, p. 89-102, 2012.

PERISSINOTTO, Renato. O conceito de Estado Desenvolvimentista e sua utilidade para os casos brasileiro e argentino. In: *Revista de Sociologia e Política*, v. 22, n. 52, p. 59-75, dez. 2014.

PRADO JUNIOR, Caio. *Formação do Brasil Contemporâneo*: colônia. 12. ed. São Paulo: Brasiliense, 1972.

RIZZA, Gabriel; SCHWINGEL, Inês. Políticas públicas para formalização das empresas: lei geral das micro e pequenas empresas e iniciativas para a desburocratização. In: *Boletim Mercado de Trabalho - Conjuntura e Análise*. Brasília: IPEA, n. 54, p. 47-56, 2013.

SACHS, Ignacy. O desenvolvimento enquanto apropriação dos Direitos Humanos. In: *Estudos avançados*, v. 12, n. 33, p. 149-156, maio/ago. 1998.

SANTIAGO, Eduardo Girão. *Empreender para sobreviver* – estudo sobre a ação econômica dos empreendedores de pequeno porte. Tese (doutorado). Universidade Federal do Ceará, Centro de Humanidades, Programa de Pós-Graduação em Sociologia, Fortaleza, 2007.

SEBRAE – Serviço brasileiro de apoio às micro e pequenas empresas. *Estudo dos microempreendedores individuais do Nordeste*, Paraíba: Sebrae, 2013. Disponível em: <http://www.sebrae.com.br/Sebrae/Portal%20Sebrae/Anexos/estudo_dos_microempreendedores_individuais_nordeste.pdf>. Acesso em: 02 fev. 16.

_____. *Perfil do microempreendedor individual 2013*. Brasília: Sebrae, 2013. Disponível em: <<http://www.sebrae.com.br/Sebrae/Portal%20Sebrae/Anexos/Perfil%20MEI%202013.PDF>>. Acesso em: 02 fev. 16.

_____. *5 anos: microempreendedor individual – MEI: um fenômeno de inclusão produtiva*. SEBRAE. – Brasília : Sebrae, 2015.

SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

TIMM, Luciano Benetti. O direito fundamental à livre iniciativa: na teoria e na prática institucional brasileira. *Revista da Ajuris*, v. 106, p. 107-124, 2007.

VINER, Jacob. A Economia do Desenvolvimento. *Revista Brasileira de Economia*, v. 5, n. 2, p. 181-225, 1951.

YUNUS, Muhammad. *O banqueiro dos pobres*. São Paulo: Ática, 2000.

RECEBIDO EM: 09/07/2016

APROVADO EM: 09/07/2016

THE ROLE OF PRECEDENTS AS A FILTER FOR ARGUMENTATION

O PAPEL DOS PRECEDENTES COMO FILTRO ARGUMENTATIVO

Patrícia Perrone Campos Mello

Mestre e doutora em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ. Professora de Direito do UniCEUB. Assessora de Ministro do Supremo Tribunal Federal. Procuradora do Estado do Rio de Janeiro

SUMMARY: Introduction; A. Reasons for adopting binding precedents; B. Dealing with Binding precedents; 1. Defining the norm that will govern future cases; 2. Deciding whether to apply (or not to apply) the norm to new cases; 3. Leading and hard cases; 4. Overruling; 5. Practical reasoning and concern with consequences; C. The other factors that interfere on the decision making Process; 1. Subjective factors which interfere in the decision making process; 2. Institutional factors; D. Conclusion: judicial precedents as a filter for argumentation; References.

ABSTRACT: This essay examines the role and the limits of a theory of precedent in promoting the values of legal certainty, equality, legitimacy, and efficiency of the courts. It demonstrates, further, that precedents have another major role: they serve as a filter for legal argumentation, guiding litigants and judges on the issues to be discussed and considered in the decision of a case. With this objective, section I clarifies the relationship between the use of precedents and the values mentioned above. Section II demonstrates the manner in which precedents are applied. Section III analyses the subjective and institutional elements that also influence judicial behavior. Finally, section IV presents the conclusion, highlighting the importance of precedents for legal reasoning. The essay uses the North American theory of precedent as a starting point for its analysis.

KEYWORDS: Precedents. Ratio Decidendi. Obiter Dictum. Leading and Hard Cases. Overruling.

RESUMO: Este artigo examina o papel e os limites de uma teoria de precedentes na promoção dos valores de segurança jurídica, igualdade, legitimidade e eficiência das cortes. Demonstra, ademais, que os precedentes têm um outro importante papel: servem como um filtro para a argumentação jurídica, guiando litigantes e juízes nas questões a serem discutidas e consideradas na decisão de um caso. Com esse objetivo, a Seção I esclarece a relação entre o uso de precedentes e os valores acima mencionados. A Seção II demonstra a maneira como os precedentes são aplicados. A seção III analisa os elementos subjetivos e institucionais que também influenciam o comportamento judicial. Finalmente, a Seção IV apresenta a conclusão, destacando a importância dos precedentes para o raciocínio jurídico. O artigo utiliza a teoria dos precedentes norte-americana como ponto de partida para a sua análise.

PALAVRAS-CHAVE: Precedentes. Ratio decidendi. Obiter Dictum. Casos Paradigmas e Difíceis. Superação.

INTRODUCTION

This essay examines the role and the limits of a theory of precedent in promoting the values of legal certainty, equality, legitimacy, and efficiency of the courts. It demonstrates, further, that precedents have another major role: they serve as a filter for legal argumentation, guiding litigants and judges on the issues to be discussed and considered in the decision of a case. With this objective, section I clarifies the relationship between the use of precedents and the values mentioned above. Section II demonstrates the manner in which precedents are applied. Section III analyses the subjective and institutional elements that also influence judicial behavior. Finally, section IV presents the conclusion, highlighting the importance of precedents for legal reasoning.

A) REASONS FOR ADOPTING BINDING PRECEDENTS

Imagine that the eldest daughter of a couple has asked her father to go out, on a weeknight, during the academic term, in order to attend her best friend's birthday party, and that her father has consented. The following week, her younger brother also asked their father to go to a party with a friend, but had the request denied. The father then explained to the son that, in the first case, the occasion for going out was exceptional: the birthday celebration of a person very dear to his sister. He explained further, that, unlike the son, his sister was doing well in school and, therefore, the father could make an exception to the general rule that forbade his children from going out on weeknights during the academic term. A week later yet, the son asked for permission to go to a classmate's house, to complete a group project for school. His father consented on the grounds that it was an exceptional case and had academic purposes.

These precedents indicate the parents' criteria regarding weeknight outings during the academic term. The general rule is that they are prohibited. The purpose for the said rule is to maintain an orderly life, as a way of promoting the children's health and academic performance. The first exception holds that weeknight outings are allowed if they are extraordinary, provided that the child is doing well in school. The basis for the exception is that, under such conditions, weeknight outings do not compromise the purpose of the general rule. The second exception stipulates that weeknight outings are allowed when they are extraordinary and required for school work. In this case, as well as in the previous one, going out at night does not compromise good health because it is exceptional. And it is not detrimental to academic performance because it is necessary for completing a group project for school.

Thus, the analysis of the three precedents reveals that behind the rule and its two exceptions lies a basic principle: the promotion of good health and academic performance. The exceptions are justified because they are in harmony with said principle. If the children fully understand the precedents as well as the reason underlying these precedents, they will be able to predict situations in which their father will allow them to go out at night, and situations when he will not. They will notice that the same criterion applies to each and all of them. They will understand that such criterion has a rational basis and they will be capable of adjusting their conduct without having to consult their father.

The *raison d'être* for binding precedents and the reasoning one formulates based on them can be understood from examples of daily life, the logic of which is reproduced in the process of judicial decision making. First of all, imposing upon judges the obligation of following past decisions concerning a certain matter ensures the predictability, stability, and continuity of the law, as the decision applied to one dispute will determine the outcome of similar claims. Binding precedents are tools to guide peoples' conduct on certain matters. They are, to this extent, an element of legal certainty.

Furthermore, the universe of judicial decision making, different from the example above, does not rely on a single decision maker with just one well-established criterion for deciding cases. On the contrary, it is composed of a multiplicity of judges who may have divergent views on similar cases. To this extent, the adoption of binding precedents preserves equal treatment among litigants. All those who find themselves in the same situation will (or should) obtain the same legal response. This argument again harbors the notion of legal certainty and also of justice as equality: even if a certain ruling is not the best, it is fair because it is the same for all. The equality imperative determines that, when analyzing a dispute, judges must take into account not only the legal response to be given to the case at hand, but also to all the other disputes that are similar. It requires, thus, the search for an objective legal basis.

Under the principle of objectivity, courts are obliged to reason from propositions that are universal, that is, propositions the courts are ready to apply not merely to the parties to the immediate dispute, but to all similarly situated disputants who may come before them in the future. *Stare decisis* gives effect to this concept too. Under *stare decisis*, a court is on notice that if it chooses to apply a given proposition to resolve a dispute between these litigants today, it may be obliged to apply the same

proposition to all similarly situated disputants in the future. Thus stare decisis discourages a court from deciding cases on the basis of propositions it would be unwilling to apply to all similarly situated disputants.¹

Due to such claim of equality, normative precedents *limit the power and the discretion* of judges, confining them to the conclusions already arrived at. Therefore, normative precedents narrow judicial activity to the traditional notion that said activity consists of deciding cases, with objectivity and neutrality, based on pre-existing norms. Even if such is not an accurate description of the decision-making process, it corresponds, to some extent, to the layman's expectations and views on judicial activity. Moreover, the litigants' perception that judges decide based on logical, fair, and established criteria that predate the appreciation of their case preserves *the legitimacy and the credibility of the courts*, contributing to their institutional stability.

Finally, the use of binding precedents may render the legal system more efficient. In the domestic example above, precedents would make it unnecessary for children to ask for their father's permission to go out every time they were invited to, because, in most cases, they will be capable of predicting their father's response, sparing him from new requests and reiterated explanations about the matter. The same occurs in the judicial context. The application of binding precedents saves time and resources because it renders unnecessary new considerations about matters that are already decided. It also dissuades potential claimants from bringing frivolous claims, since they already know how such actions would end.² It avoids the issuance of conflicting rulings and, to some extent, judicial errors. Therefore, in synthesis, the values that justify the adoption of a system of binding precedents are: *legal certainty, equality and the promotion of legitimacy, and efficiency of the judicial process*.³

1 EISENBERG, Melvin Aron. *The Nature of the Common Law*. Harvard University Press: Cambridge, 1988. p. 47-48. Also: TRIBE, Laurence. *American Constitutional Law*. 3. ed. v. 1, Foundation Press: New York, 2000. at 82; CARDOZO, Benjamin N. *The Nature of the Judicial Process*. Dover Publications: New York, 2005. p. 17.

2 MALTZ, Earl. 'The Nature of Precedent'. 1988, 66. *North Carolina Law Review*, 367-392, at 371 ff; HANSFORD, Thomas; SPRIGGS II, James. *The Nature and Timing of the U. S. Supreme Court's Interpretation of Precedent*. Available at: <<http://www.bsos.umd.edu/gvpt/CITE-IT/Documents/Hansford%20etal%202002%20Nature%20and%20Timing%20of%20t%20US%20Supreme%20Court.pdf>>. Accessed on: jan. 29, 2011, p. 6ff; The Politics of Precedent on the U.S. Supreme Court. Available at: <http://psfaculty.ucdavis.edu/spriggs/The_Politics_of_Precedent_FINAL.pdf>. Accessed on: Sept. 20, 2005, p. 163ff.

3 This assertion is generally valid for common law as well as for civil law countries. It is true that binding precedents are the main source of law in common law jurisdictions. In contrast, precedents usually

B) DEALING WITH BINDING PRECEDENTS

1 DEFINING THE NORM THAT WILL GOVERN FUTURE CASES

Legal reasoning based on precedents is grounded in certain essential concepts: the notions of *holding*, justification, and *obiter dictum*.⁴ The *holding* (or *ratio decidendi*) is the norm extracted from the case that binds inferior courts. It corresponds precisely to the legal thesis, that is, the premise that justifies the court's conclusion. The notion of *holding* is one of the most important concepts for the application of binding precedents; however, its identification may not be as simple as it appears. The interpreter shall examine the decision, with special attention to its justification.⁵ He shall seek to identify which *facts* the court considered to be important, the *legal issues* discussed and, finally, the *court's understanding* of these facts and

have a mere persuasive efficacy in civil law countries, where the primary source of law is statute law. However, many civil law jurisdictions tend to adopt binding precedents, especially in constitutional matters (but not necessarily restricted to them). Constitutional law employs rules/principles with abstract and potentially conflicting meanings for the protection of fundamental rights (e.g.: the right to privacy vs. right to freedom of expression and press). Several civil law countries have attributed to the Judiciary the task of defining the reach of these rules/principles when deciding disputes. The notion of constitutional supremacy and the need to preserve the Constitution's normative force have justified the granting of binding force to the decisions about constitutional matters. This is currently happening, to a greater or lesser extent, in Germany, Italy, Spain. It is also a tendency in Brazil, Argentina and Colombia (cf. ALEXY, Robert; DREIER, Ralf. *Precedent in the Federal Republic of Germany*; TARUFFO Michelle; LA TORRE, Massimo. *Precedent in Italy*; MIGUEL, Alfonso Ruiz; LAPORTA, Francisco. 'Precedent in Spain'. In: N. MacCormick and R. Summers (eds.) *Interpreting Precedents: A Comparative Study*. (Ashgate: Dartmouth, 1997), 26-27, 154-155 and 272; DAVID, René. Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo. Martins Fontes: São Paulo, 2002. p. 160-161; (2005) 240, *Revista de Direito Administrativo*, 1-42, at 9-10).

- 4 The mentioned concepts are useful tools for a legal reasoning based on binding precedents despite the differences in legal systems.
- 5 MONAGHAN, Henry Paul. 'Stare Decisis and Constitutional Adjudication' (1988) 88. *Columbia Law Review* 4, 723-773, at 763-767; Larry Alexander, 'Constrained by Precedent' (1989) 63 *Southern California Law*, 1-64, at 9-10; Charles Cole, 'Stare Decisis na Cultura Jurídica dos Estados Unidos. O Sistema de Precedente Vinculante do Common Law', trans. Maria Cristina Zucchi (1998) 87 *Revista dos Tribunais*, n. 752, 11-21; Maltz, 'The Nature of Precedent' (n. 2), 372-383; Geoffrey Marshall, 'What is Binding in a Precedent', in: *Interpreting Precedents: A Comparative Study* (n. 3), 503-518; Edward D. RE, 'Stare Decisis' (1994) 73 *Revista de Processo*, 47-54; Robert Summers, 'Precedent in the United States (New York State)', in: *Interpreting Precedents: A Comparative Study* (n. 3), 355-406; Isabelle Rorive, 'La Rupture de la House of Lords avec un Strict Principe du Stare Decisis dans le Contexte d'une Réflexion sur l'Accélération du Temps Juridique', in: *L'Accélération du Temps Juridique*, ed. Philippe Gerard, François Ost; and Michel Van De Kerchove, Michel (Facultés Universitaires Saint-Louis: Brussels, 2000), 801-836, at 807; Arthur L. Goodhart, 'Determining the Ratio Decidendi of a Case' (1959) 22 *Modern Law Review*, 117-124, at 162; ALBUQUERQUE SILVA, Celso de. *Do Efeito Vinculante: sua Legitimação e Aplicação*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 182-183.

issues.⁶ There are cases when the court raises more than one question of law or more than one reason for deciding. In these circumstances, if the reasons for adopting certain solutions are cumulative, they will generate a single binding rule. If they are independent from each other, and capable of autonomously leading to the same result, each one of them may be considered a concurrent holding. Finally, if one of the reasons is not a determinant factor for the decision of the case, it will not constitute a holding and, therefore, will not bind future claims.⁷

Back to the example mentioned above, when the father denied authorization for his son to go out at night with a friend, the father mentioned that, his daughter had been allowed to attend her best friend's birthday party because, in that case, going out was exceptional as the birthday party would only happen that night. But, still, he added that, differently from the son, his daughter was doing well in school. This last statement could generate questions about the meaning of the rule that arises from the decision. If the reasons for the father's decision were cumulative, the holding would be: going out on a weeknight during the academic term is only allowed when the occasion is exceptional and the child has good academic performance. If the reasons were independent from each other, the norm would be: going out on a weeknight during the academic term is allowed when the occasion is exceptional or when the child has good academic performance. However, if the statement about school performance is considered a mere criticism, and not a determinant factor to the father's decision, the precedent would hold that: going out on a weeknight during the academic term is only allowed when the occasion is exceptional. In this case, school performance would not determine future decisions.

Despite the fact that the holding definition rests largely on the decision's justification, these concepts are not coincident. The justification includes all the arguments and questions of law mentioned by the court.

6 There is some controversy about the methods for identifying the holding, which sometimes emphasize the facts raised by the case and, other times, the importance of the decision justification for this purpose. On the subject: cf. Henry Paul Monaghan, 'Stare Decisis and Constitutional Adjudication' (n. 5), 763-766; Larry Alexander, 'Constrained by Precedent' (n. 5), 10 ff; Ronald Dworkin, *Uma Questão de Princípio*, trans. Luis Carlos Borges (Martins Fontes: São Paulo, 2005), 453 ff; Laurence Tribe and Michael Dorf, *On Reading the Constitution* (Harvard University Press, Cambridge, 1991), 114-117; Frederick Schauer, 'Precedent' (1987) 39 *Stanford Law Review*, 571-606; Frederick Schauer, 'Rules, the Rule of Law, and the Constitution' in: (1989) 6 *Constitutional Commentary*, 69-85; Earl Maltz, 'The Nature of Precedent' (n. 2), 367 ff; MARHSALL, 'What is Binding in a Precedent'. In: *Interpreting Precedents: A Comparative Study* (n. 3), 503-518; Summers, 'Precedent in the United States (New York State)' in *Interpreting Precedents: A Comparative Study* (n. 3), 355-406.

7 MARSHALL, 'What is Biding in a Precedent'. In: *Interpreting Precedents: A Comparative Study* (n. 3), 515.

Part of such arguments and questions may not have been determinant to the decision, being a mere *obiter dictum*.⁸ *Obiter dicta* are precisely those remarks that were not necessary to the decision of the case at hand. For example, arguments put forth by a judge of a collegiate court that were not taken into account by his fellow judges, or remarks about related matters that do not refer directly to the issue at hand (e.g: the son's performance in school) do not constitute the holding.

Obiter dicta are not binding because judge-made law derives its rules from concrete cases. If certain remarks are not necessary to reach the decision, they do not concern the claim presented before the court. Yet, they derive from hypothetical formulations, whose particularities the Judiciary would be unable to consider in the abstract sphere, given that it is not the role of the courts to do so, but rather to resolve the dispute at hand. Notwithstanding, *dicta* have an argumentative role. In a case that poses, at the same time, various questions of law, a certain statement by the court, perceived as an *obiter dictum*, ultimately may become an alternative holding. Further, the lower courts may confer to the *obiter dictum* a considerable weight when there is evidence that it resulted from an attentive scrutiny by the higher court, even though such level of scrutiny was unnecessary for the decision.⁹

It should be noted that, upon defining the legal thesis that governed the solution of a case, there still remains the question of the level of generality of the language employed to announce the thesis. In order to illustrate the issue, legal literature usually refers to *Donoghue v. Stevenson* [1932] A. C. 562. In this famous case, decided by the House of Lords, Mrs. Donoghue's friend purchased a bottle of ginger beer. After ingesting part of the content of the opaque bottle, Mrs. Donoghue noticed the remains of a snail in the drink, which later caused her gastroenteritis. She sued the beverage producer, asking for indemnification, on the basis of an existing (extra-contractual) duty of care in avoiding his products from inflicting harm to final consumers. In its decision, the House of Lords recognized

8 Precisely because of this, Julius Stone proposes a distinction between descriptive ratio decidendi and prescriptive or binding ratio decidendi, the first corresponding to the argumentative process by which a concrete decision has been reached and the second to the content that will bind courts in subsequent cases, i.e., the holding. STONE, Julius. "The Ratio of the Ratio Decidendi" (1959) 22 *Modern Law Review*, 600-601.

9 Summers, 'Precedent in the United States (New York State)' in *Interpreting Precedents: A Comparative Study* (n. 3); MARSHALL, 'What is Binding in a Precedent' in *Interpreting Precedents: A Comparative Study* (n. 3), 515.

there was such a duty, and remarked that the producer could foresee that the lack of care in such circumstances may cause harm.¹⁰

The rule that emerges from the case could be described in narrow or broad terms. One could argue that the precedent determines that beverage producers who cause harm to the health of final consumers must indemnify them, as long as the product is purchased in circumstances that prevent the consumers from discovering any defect (opaque bottle) and there is reasonable knowledge that the absence of care may cause harm. Litigants could also allege that the decision establishes that any producers or service providers who cause harm to final consumers for negligence should have the duty to indemnify, or, yet, that any person who causes damage to another for negligence should also have this duty. The definition of the holding and its reach rests upon an evaluation of the relevant facts, the justification of the decision, how broad the language employed in the ruling was, and also, eventually, the treatment that the ruling received in subsequent cases. Subsequent decisions help define the normative content of past cases to the extent that the confrontation of the latter with new situations clarifies the standard or principle the court employed in its first decision.

2 DECIDING WHETHER TO APPLY (OR NOT TO APPLY) THE NORM TO NEW CASES

The application of the ruling established in a precedent to a new dispute depends upon a comparison between the essential elements of the precedent to those of the new case. The interpreter confronts the relevant facts in each dispute; the values they refer to; and the question of law to be resolved by the court. He/she also will examine the basis of the first decision. The existing similarities or differences will be debated. In the end, the interpreter decides whether the new dispute is identical or not, and, therefore, if it must be governed by the precedent. The application

10 The case heard by the House of Lords concerned simply whether there was a case to be tried. The question was whether the beverage manufacturer, who was not in a contractual relationship with Mrs. Donoghue, had an extra-contractual duty to indemnify her, considering that his defective product was sold to a third party, not to Mrs. Donoghue. The Court decided there was a case to be tried, since the producer could be liable in the mentioned circumstances, despite the non existence of a contract, because: "a manufacturer of products which he sells in such a form as to show that he intends them to reach the ultimate consumer in the form of which they left him with no reasonable possibility of intermediate examination, and with the knowledge that the absence of reasonable care in the preparation or putting up of the products is likely to result in injury to the consumers life or property owes a duty to the consumer to take that reasonable care".

of the precedent to new cases will serve to confirm the holding and its reach, increasing the force of the ruling and its level of determination.¹¹

On the other hand, if the court considers that the new case presents factual particularities that evoke a substantially different question of law, it will not apply the precedent, distinguishing the second case from the first. This distinction is a consequence of the criteria that guide the application of precedents, according to which: “*the rule follows where its reason leads*”; “*where the reason stops, there stops the rule*”.¹² Thus, if for the sake of fairness and integrity similar cases shall receive the same treatment, for the very same reasons, different situations must also be treated differently.¹³

In the domestic example, if the father had to authorize a nightly outing for a reason other than attending an exceptional event, and his son was doing poorly in academics, but was on vacation from school, it is likely that the father’s decision would be different. In this situation, a relevant fact, present in all of the other scenarios, would be absent: the circumstance that the nightly outings would take place on weeknights *during the academic term*. This factual difference would render inapplicable the principle that guided the *previous* decisions. Thus, the reasoning based on precedents permanently produces new opportunities for deciding:

[B]y maintaining at the centre of ‘the rule of stare decisis’ a notion of the *ratio decidendi* of a case which is almost a perfect medium for the creation of multiple and competing references. While thus leaving room for the play of contemporary insight and wisdom, however, the notion also directs the attention of the later court to the contexts of earlier cases, and to the views of logical consistency, experience and values displayed by judges in the earlier contexts.¹⁴

11 Karl Llewellyn, ‘The Case Law System in Arnerica’ (1988) 88 Columbia Law Review, 989-1020, at 1006-1007.

12 Statements attributed to Karl Llewellyn (apud Summers, ‘Precedents in United States (New York State)’ in *Interpreting Precedents: A Comparative Study* (n. 3) 390).

13 Tribe and Dorf, *On Reading the Constitution* (n. 7), 71 ff; Karl Llewellyn, *The Common Law Tradition: Deciding Appeals* (Little, Brown and Company: Boston, 1960), 77 ff; Goodhart, ‘Determining the Ratio Decidendi of a Case’ (n. 5), 166; Ronald Dworkin, *O Império do Direito*, trans. Jefferson Luiz Camargo (Martins Fontes: São Paulo, 2003), 300 ff; Summers, ‘Precedent in the United States (New York State)’ in *Interpreting Precedents: A Comparative Study* (n. 3), 390-394; Schauer, ‘Precedent’ (n. 6), 571-605; Schauer, ‘Rules, the Ruie of Law, and the Constitution’ (n. 6), 69-85.

14 Stone, ‘The Ratio of the Ratio Decidendi’ (n. 8), 619.

The possibility of modifying the holding in light of new situations brought before the court is one of the essential characteristics of the common law. The tension between applying or distinguishing from among precedents in subsequent disputes is permanent in that legal system. A party's claim to benefit from an understanding in his/her favor will be opposed by the other party's argument for distinguishing, and, from this confrontation, judge-made law will evolve.¹⁵ Dealing with precedents is not a mechanical process. It is markedly argumentative and value dependent. Despite being justified on reasons of, among others, promotion of legal certainty, predictability, and stability of the law, the application of precedents faces constraints in limiting the power and discretion of judges.

3 LEADING AND HARD CASES¹⁶

The influence a precedent exerts over the ruling of a subsequent case is not confined to its holding. Certainly, the holding will embody the norm that will govern similar cases in the future, and only them. However, even if only the holding has binding effects, the underlying principle behind it has a justifying force capable of influencing the judgment of other cases. The general principle of law that serves as basis to the rule created by the precedent engenders a kind of gravitational force capable of interfering in the decision of future cases. In Dworkin's words:

[...] when a precedent does have enactment force, its influence on later cases is not taken to be limited to that force. Judges and lawyers do not think that the force of precedents is exhausted, as a statute would be, by the linguistic limits of some particular phrase [...]. He would urge that the earlier decision exerts a gravitational force on later decisions even when these later decisions lie outside its particular orbit. [...] In adjudication, unlike chess, the argument for a particular rule may be more important than the argument from that rule to the particular case.¹⁷

15 LLEWELLYN, Gewirtz and ANSALDI, 'The Case Law System in America', 989-1020.

16 The first decision that faces a certain legal issue is called a leading case. Leading cases are good candidates for hard cases, cases of difficult solution in which there are references to principles that could result in divergent conclusions.

17 DWORKIN, Ronald. *Taking Rights Seriously*. Harvard University Press: Cambridge, MA, 1977, 111-112. According to Dworkin, the meaning of norms may change to the extent the comprehension of the values on which they are based advances. Even if one could argue that real life judges cannot be compared to judge Hercules, the above cited passage describes a form of argumentation that lawyers often use, and that, therefore, is in some measure reflected in judicial decisions (in constitutional matters this is evident, as subsequent examples will show). Through argumentation, one seeks to extend the incidence of the principle that served as basis for the holding of a previous case to new cases that are not identical, but that are related to similar values, hoping to guide the court to decide in harmony with its previous

Imagine that Parliament passed a law prohibiting the use of contraceptives by married couples, and that, after examining such law, the Constitutional Court found it to be unconstitutional, affirming that the decision about whether or not to have children is a matter confined to every citizen's realm of privacy, in which the State cannot interfere. The holding extracted from such a case could be worded as follows: "The State cannot intervene in a couple's decision to use contraceptives, in order to avoid having children, because their decision is protected by the right to privacy". The principle that served as basis to the holding, in its turn, would state that: "Citizens have a sphere of privacy, concerning intimate choices and personal projects, in which the State cannot intervene, at the risk of violating the right to privacy." Since only the holding would bind judges when deciding subsequent cases, the ruling would only govern cases about the right of couples to use contraceptives to avoid having children.

Suppose then that the court examined a law that criminalized sexual intercourse between people of the same gender. This new case could not be decided by applying the holding of the previous case, nor of any other, and, for this reason, it would constitute a leading case on the subject. Nonetheless, in arguing the unconstitutionality of the mentioned law, it would be possible to evoke the principle that served as basis for the holding in the claim about contraceptives, because in the new case, as in that of contraceptives, the law interferes in people's intimate and personal choices as well as their sex lives, thus violating the right to privacy.¹⁸ A similar argument could be used to challenge the constitutionality of a law regulating marriage and marital property regime between individuals of different genders, if said law failed to award similar status to homosexual couples. One could argue that the law adopts an illegitimate criterion of discrimination, as it is incompatible with the principle according to which people's sex lives are a private matter immune from State interference.

A law prohibiting abortion could be challenged with basis in similar reasons. Litigants could allege that such law should be declared unconstitutional because it is not compatible with the principle that the Court upheld in deciding the previous cases, as it interferes in a pregnant woman's right to make decisions about her own body and personal projects. This argument could be contested on the grounds that, in this latter case, the element "intrauterine life in gestation" would engender the incidence

decisions. Cf. and: TRIBE, and DORF, *On Reading the Constitution* (n. 6), p. 109-110; DWORKIN, *O Império do Direito* (n. 5), 123-125.

18 TRIBE and DORF, *On Reading the Constitution* (n. 6) 78-79.

of yet another constitutional right: the foetus' right to life. In deciding, the Court would need to address both allegations, issuing its opinion on the conflict between the two rights and deciding which of them should prevail, and to what extent, in the case at hand.

In leading and hard cases, in which courts face, for the first time, questions they have never considered before, principles and values that served as a basis for previous rulings will provide elements for the new decision. To this extent, precedents may serve as important argumentative marks in leading cases, although one must inevitably recognize that these cases entail a broad space for judicial discretion, for which a theory of precedent is unable to offer other solutions. In Justice Cardozo's words:

Finally there remains a percentage, not large indeed, and yet not so small as to be negligible, where a decision one way or the other, will count for the future, will advance or retard, some times much, sometimes little, the development of the law. These are the cases where the creative element in the judicial process finds its opportunity and power. [...] In a sense it is true of many of them that they might be decided either way. By that I mean that reasons plausible and fairly persuasive might be found for one conclusion as for another. Here come into play that balancing of judgment, that testing and sorting of considerations of analogy and logic and utility and fairness, which I have been trying to describe. Here it is that the judge assumes the function of a lawgiver. I was much troubled in spirit, in my first years upon the bench, to find how trackless was the ocean on which I had embarked. I sought for certainty. [...]. As the years have gone by, and as I have reflected more and more upon the nature of the judicial process, I have become reconciled to the uncertainty, because I have grown to see it as inevitable. I have grown to see that the process in its highest reaches is not discovery, but creation; and that the doubts and misgivings, the hopes and fears, are part of the travail of mind, the pangs of death and the pangs of birth, in which principles that have served the day expire, and new principles are born.¹⁹

In such instances, the decision making process is based on pragmatic considerations regarding the various values at stake, customs, benefits and disadvantages of a certain decision and its consequences. In the same author's words: *"My analysis of the judicial process comes then to this and little*

19 CARDOZO, The Nature of the Judicial Process (n. 1), 161-163.

more: logic, and history, and custom, and utility, and the accepted standards of right conduct, are forces which singly or in combination shape the progress of the law".²⁰

In hard cases, courts will make choices concerning values, in deciding whether or not to infer a fundamental right from a constellation of precedents.²¹ Despite all of the law's efforts to promote legal certainty, and despite this being one of the essential roles of a theory of precedent, it is unable to eliminate the wide space left for judicial discretion. Such space results from the imprecision of language, the vagueness and abstraction of certain essential legal concepts, the complexity of real life and the law's inability to foresee and regulate every possible dispute of interests. This space may also be generated by the dynamism of legal systems, which are constantly in change, in what concerns both the comprehension of the content of existing norms and also the way in which such norms should be interpreted in light of new situations of real life. In this latter case, new decisions may depart from existing precedents, creating new spaces for judicial discretion.

4 OVERRULING

A precedent is overruled when the binding court, which established a certain holding, changes its understanding regarding the matter, thus deciding to rule it in a different way. Overruling results from the perception that a decision is incompatible with the other legal norms and principles that govern the subject or with certain social standards related to the values at stake.²² Nevertheless, the decision about overruling a precedent shall still consider reasons of legal certainty, equality, legitimacy, and efficiency that could recommend its maintenance.²³

This is so because the change of the rules usually applied to certain situations may surprise the citizens. It is detrimental to the predictability of the law and results in unequal treatment to similar cases. It suggests that other discussions can be reopened, thus fomenting new disputes before courts. Overruling also lends uncertainty to the criteria used by the court in

20 CARDOZO, *The Nature of the Judicial Process* (n. 1), 108.

21 TRIBE and DORF, *On Reading the Constitution* (n. 6), 116; CARDOZO, *The Nature of the Judicial Process* (n. 1), 23-26.

22 LLEWELLYN, GEWIRTZ, and ANSALDI, 'The Case Law System in America' (n. 11), 1012-1014.

23 The understanding that a holding is not correct does not necessarily imply the decision to revoke it, at least not in any system of binding precedents. EISENBERG, *The Nature of the Common Law* (n.1), 104ff.

deciding, and may cause losses to their credibility. There are subject matters that are specifically sensitive to changes of understanding, such as property rights and tax law. If peoples' conduct and their fundamental choices concerning these matters are informed by previous judicial decisions, grave consequences and damages can arise from overruling them. In those cases, courts will analyze whether the benefits of correcting the precedent justify the burdens imposed to the mentioned values.²⁴

There are a number of situations that may lead to the overruling of a precedent, as, for example: a) decisions that are unenforceable in practice, because the rule is inoperable, obscure in meaning, or has been undermined by arbitrary distinctions; b) the recognition that an interpretation was mistaken from the very beginning; c) the current understanding that a doctrine is unjust by virtue of cultural, political, social, economic, or technological changes; and d) the obsolescence of a decision caused by the evolution of applicable legal principles.²⁵

When the holding does not offer a precise guideline, as when a tribunal formulates a binding rule by employing vague concepts, the precedent is not able to ensure safe and equal treatment to all litigants. The same happens when a certain ruling established by the binding court is disfigured by arbitrary distinctions made by the bound judges, as a form of tacit insubordination against its application (normally for perceiving it as unfair or mistaken).²⁶ In these situations, the burdens of revoking the precedent tend to be small, as it already constitutes a fragile reference for judges and citizens alike.

24 The rigor with which the courts will consider whether to overrule or not precedents that are incorrect or outdated, balancing the decision with reasons of legal certainty and equality, will vary according to the legal system. In those in which prospective overruling is admitted, overcoming an understanding tends to be easier because this technique allows the mitigation of part of its burden.

25 Cf. *Planned Parenthood of Southeastern PA. v. Casey*, 500 U.S. 833 (1992); *TRIBE*, *American Constitutional Law* (n. 1), 236 ff; *RORIVE*, 'La Rupture de la House of Lords avec un Strict Principe du Stare Decisis dans le Contexte d'une Réflexion sur l'Accélération du Temps Juridique' (n. 5), 816 ff; *Monaghan*, 'Stare Decisis and Constitutional Adjudication' (n. 5), 758 ff; *SUMMERS*, 'Precedent in the United States (New York State)' (n. 3), 374 ff; *EISENBERG*, *The Nature of the Common Law* (n. 1), 104 ff; *Cardozo*, *The Nature of the Judicial Process* (n. 1), 147; *COLE*, *Stare Decisis na Cultura Jurídica dos Estados Unidos. O Sistema de Precedente Vinculante do Common Law* (n. 5), 18; *ALEXANDER*, 'Constrained by Precedent' (n. 5), 1-64; *HANSFORD*, *Spriggs II*, 'The Policies of Precedent on the U.S. Supreme Court' (n. 2), 19; *SILVA*, *Do Efeito Vinculante: sua Legitimação e Aplicação* (n. 5), 262-284.

26 The distinction between cases will be arbitrary when it leads to the non application of the precedent by invoking facts and arguments that do not justify a differentiation. Not all factual differences are legally relevant. *SCHAUER*, *Rules, the Rule of Law, and the Constitution* (n. 6), 69; *CARDOZO*, *The Nature of the Judicial Process* (n. 1), 19.

In the three last situations - recognition that a ruling was mistaken from the beginning, obsolescence of the decision due to the evolution of the applicable legal principles, and social changes - the arguments and benefits that favor the modification of an understanding shall be weighed against other reasons and burdens that recommend its maintenance. If arguments of legal certainty and/or equality advise against the overruling of the precedent, the court may appeal to intermediary forms of decision, as a technique for optimizing the efficacy of all the values at stake and minimizing the sacrifice of each of them.

An intermediary form of decision, in the sense mentioned above, is the prospective overruling, through which, despite the application of the old precedent to the case at hand, the court announces that it will no longer be applicable from that day onwards or from a certain future date stipulated in the decision. Another intermediary form of decision consists in the signaling technique, whereby the binding court applies the old precedent to the new case, but signals to the legal community its intention of changing that precedent, what discards, as of such notice, the justified belief in its application, opening a track for its revocation.²⁷

Overruling precedents is essential to the development of law and to the preservation of legal authority. The law seeks to regulate a changing reality. If a theory of precedent is not able to provide mechanisms that allow it to evolve along with the society it regulates, the law itself would become outdated. This way, as it would not be able to coordinate responses to the various conflicts of interests, it would eventually be overtaken by reality. Some time ago, racial segregation in schools was not regarded as a violation to the right to equality. Women and men did not enjoy the same basic rights. It was impossible to know with certainty the paternity of a child before the existence of the DNA test. There was no way of verifying that a foetus in the womb would not be viable, due to malformation of a vital organ. One could not even imagine that the world would be interconnected through the internet and that new types of crimes would be committed with this tool. These are relevant social changes that may interfere with the content of the law.

In deciding to overrule a precedent, a court shall justify its reasons surpassing the arguments for its adoption in the past. The court may also demonstrate that the modification of the law brings more benefits than burdens. To this extent, the previous precedent will impose a kind

27 EISENBERG, *The Nature of the Common Law* (n, 1), 122.

of argumentation that restricts the reasoning of the court in its decision to overrule. It is necessary to acknowledge, however, that a considerable space for discretion remains, one that is difficult to control and that, like the decisions in leading and hard cases, is prone to the interference of subjective and institutional factors.

5 PRACTICAL REASONING AND CONCERN WITH CONSEQUENCES

For all the above, dealing with precedents implies a practical reflection focused on the problem and on the issues raised by the case. Past holdings are applied considering the principles and purposes that justified their adoption, and, therefore, the law is redefined in every new case at hand, according to the solution that best achieves the objectives of the norm. Courts will identify such solution based on considerations regarding the Court's experience, arguments raised by the parties, values and social interests to be served, moral patterns of the community, analogy, custom, tradition, historical and teleological concerns, integrity and harmony of the legal system, social standards of conduct, and the perception of the most adequate and fair decision.²⁸ A pre-defined script does not exist. Those elements are tested and balanced. In some circumstances, the legal system will have a relatively ready answer for the situation. In others, the final result will consist of a truly judicial creation.

The consequences of adopting a certain position are also considered in the decision making process. The very idea of a system of binding precedents requires the judge to reflect on the outcome of rulings for new disputes, since he will be setting a norm that will govern similar claims in the future. In deciding a leading case, the decision to adopt a given solution will take into account the principles already affirmed by the court in previous decisions, but also the practical results of such a solution. In overruling a precedent, the court will assess its incorrectness or obsolescence, but also the impact that the change will produce on other important values, such as legal certainty and fairness.

If the court concludes that a change of understanding will bring about more burden than benefit, it is possible that it will refrain from overruling its precedent or it will alter the precedent with prospective effect only. Thus, judicial decisions are taken with an eye to the past and

²⁸ CARDOZO, *The Nature of the Judicial Process* (n. 1), 39.

another to the future.²⁹ On the other hand, the consequences, as well as the facts, are not important in themselves. To identify the ones that must be taken into account in a decision and their weight, as well as to reflect on the various elements described above, the judge has, inevitably, to resort to cultural, moral and historical, references, reopening the space for choices.

C) THE OTHER FACTORS THAT INTERFERE ON THE DECISION MAKING PROCESS

Dealing with precedents is an activity that involves various levels of indetermination. As already mentioned, precedents may provide incomplete answers or simply not provide an adequate response to the decision of a given case. On these occasions, the judicial decision making process becomes more vulnerable to two kinds of factors which, in addition to the orthodox legal materials³⁰, may interfere in the judicial rulings: a) *subjective factors* and b) *institutional factors*. The *subjective factors* include judges' psychological make-up, specific groups with which they identify themselves, and their ideological preferences. The *institutional factors* are related to any and all considerations a judge takes into account in forming his/her conviction, based on the awareness of being a member of a tribunal and/or on the concern to preserve the court as an institution. These considerations encompass the relationship among the judges of the same panel, as well as the relationship of the appeal court with the other lower ranking courts, the branches of government (Executive and Legislative) and the public opinion.³¹

1 SUBJECTIVE FACTORS WHICH INTERFERE IN THE DECISION MAKING PROCESS

Judicial decisions are issued by human beings, based on perceptions and knowledge acquired throughout their lives, which are not purely technical or legal, and that interfere, in an unconscious manner, in their comprehension of the problems and in the solutions they propose for them.

29 POSNER, Richard. *How judges Think* (Harvard University Press: Cambridge, 2008), 119, 197-198, 230, 243-245; *The Problems of Jurisprudence* (Harvard University Press: Cambridge, 1990), 454-469.

30 The term "orthodox legal materials" refers to a set of precedents, other rules (laws, decrees, regulations) and interpretive theories recognized by the law.

31 Legal literature offers several theories that try to explain the decision making process. They will not be addressed because they are beyond the scope of this work. What is important here is to demonstrate that subjective and institutional factors may be equally involved in this process, as well as to clarify the role that a theory of precedent plays in such circumstances, to the extent that the interference of some factors can compromise the values that justify its adoption.

Differences in gender, culture, education, religion, social environment, and professional experiences are determinant factors in how a judge assesses certain situations brought to trial. Human perceptions are the product of an interaction between impressions produced by the impact of the external world on the senses, and a mental classificatory apparatus that springs from each person's own background. This apparatus is responsible for unconscious preconceptions that interfere with the cognition and the judging ability of every person.³²

Precisely because the pre-understandings are unconscious, even when the judge believes he is acting objectively and with neutrality, he will, to some extent, be projecting his own subjectivity onto the solution of the problem. *"We may try to see things as objectively as we please. Nonetheless, we can never see them with any eyes except our own."*³³ Therefore, the judge's background is a powerful influence on the formation of his conviction. A person who lives in a highly dangerous city, in constant fear, and believes that criminal conduct, as a rule, goes unpunished, will tend to view criminal laws that restrict the rights of the accused differently from a person who does not live in such conditions or who has been, him/herself, unfairly criminally prosecuted. A judge who has served as State Attorney will probably see certain matters involving the Treasury Department with different perspectives than others without that same experience. The religious beliefs of a magistrate possibly may influence his assessment on certain moral issues that are brought before him for trial.

The understanding of the influence that a judge's background exerts on his cognitive capacity finds a good parallel in the way the elderly tend to analyze problems and propose workable solutions to them. Their experiences, though forgotten, are accessible sources of knowledge. New situations are in some ways similar to past experiences. The unconscious accumulation of these experiences enables them to intuitively know how to act in new situations. In a similar manner, judges' experiences feed their

32 POSNER, *Howjudges Think* (n. 29), 67-70; Lawrence Baum, *The Supreme Court*. 9. ed. (CQPress: Washington, 2007), 120-121; Luís Roberto Barroso, 'Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro (Pós-Modernidade, Teoria Crítica e Pós-Positivismo)', in: *Temas de Direito Constitucional (Renovar: Rio de Janeiro, 2003)*, t. II, 9; and Luís Roberto Barroso, 'Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e Política no Brasil Contemporâneo' Available at <http://www.lrbarroso.com.br/pt/noticias/constituicao_democracia_e_supremaciajudicial_ll032010.pdf>. Accessed on Jan 29, 2011.

33 CARDOZO, *The Nature of Judicial Process* (n. 1), 13.

intuition and, over time, constitute a practical subjective framework with its own “normative force” on their judicial behavior.³⁴

Moreover, people worry about the opinion that others may have of them and, thus, such opinions can interfere with their attitudes. The idea one has of himself does not develop in isolation from other individuals. It develops from the interaction with them. Therefore, one’s identification with a group shapes his thoughts and attitudes.³⁵ The general community is just one of the many groups judges care about. There are others: his fellows from court, other judges, social, political and professional groups, close friends, and family. These smaller and partial groups may be even more influential on the decision of a judge than the general public because of the importance of their esteem. Relationships with advocacy groups for women’s rights or against racial segregation, for example, can play an important role in the decision of some disputes.³⁶

There are also those circumstances in which the judge consciously projects his own political preferences when deciding a case. This decision model is often explored by American legal scholars, who have labeled it *attitudinal model*.³⁷ Its scholars argue that the very way of selecting judges in the U.S. constitutes an institutional factor that allows permeability between ideological convictions and judicial rulings. Many State judges are elected.³⁸ Federal judges, including those who sit on the Supreme Court, are appointed by the President and approved by the Senate, after eventful hearings. The President’s selection of the candidate considers the professional’s ideological convergence with his political party and the perspectives of the candidate’s approval by the Senate, which tends to be an ideologically more heterogeneous group.³⁹

34 POSNER, How judges Think (n. 29), 107; Baum, The Supreme Court (n. 32), 120-121.

35 BAUM, Lawrence. *Judges and Their Audiences: A Perspective on Judicial Behavior* (Princeton University Press: Princetown, 2006), 26-28.

36 Ibid, 60-63, 118-123; Baum, The Supreme Court (n. 32), 142-149.

37 POSNER, How judges Think (n. 29), 19-29; Baum, The Supreme Court, (n. 32), 120-132; Judges and Their Audiences: A Perspective on judicial Behavior (n. 35), 5-8; Cass Sunstein, David Schkade, Lisa Ellman and Andres Sawicki, Are Judges Political? An Empirical Analysis of the Federal judiciary (Brookings Institution Press: Washington, 2006), 17-45; Saul Brenner and Joseph Whitmeyer, ‘Strategy on the United States Supreme Court’ (Cambridge University Press: New York, 2009), 11-18.

38 According to Posner, the concern with reelection may interfere with the judgment of such state judges, reducing their independence and making them more vulnerable to public opinion or to the opinion of certain interest groups that support them. (Posner, How Judges Think (n. 29), 134-139).

39 POSNER, How Judges Think (n. 29), 57-59, 134-135.

In such conditions, in which the very way of selecting judges attracts those professionals whose performance combine political and legal elements, it is claimed that one cannot expect that, in performing their activities, judges would be politically unbiased. If they were politically neutral, they would not have been selected in a process that is eminently political. The aforementioned scholars prove their point by analyzing the way in which judges vote on certain matters and comparing it to the orientation of the political party of the President that has nominated them. They demonstrate that judges appointed by Democratic presidents tend to have a voting posture that is markedly more liberal, whereas judges appointed by Republican presidents tend to be more conservative.⁴⁰

Statistical surveys evidence the existence of legal matters that are highly susceptible to ideological voting, especially in constitutional claims, such as, for example, cases of sexual discrimination, sexual harassment, racial segregation, pornography, and abortion.⁴¹ This is so because constitutional decisions touch on fundamental moral and political issues, which provoke intense emotions and subjective reactions, even among the interpreters of the law. Constitutional norms, in turn, are vague, open to antagonistic interpretation and, therefore, may provide uncertain orientation to courts. The relevance of some issues and the lack of objective guidance leave space for the interference of subjective factors in the decision making process.

2 INSTITUTIONAL FACTORS

The judges' ideological tendencies can be intensified or mitigated according to the composition of the court in question because of three characteristics of collegiate deliberations: a) *ideological polarization* in politically homogeneous groups; b) *ideological neutralization of a dissenting judge*; and c) *ideological moderation of the majority*, the latter two in politically heterogeneous bodies, as a consequence of the phenomenon known as

40 SUNSTEIN; SCHKADE; ELLMAN; SAWICKI. *Are judges Political?* An Empirical Analysis of the Federal judiciary (n. 37), 8. Although this ideological structure is indigeneous to the North American political culture, the argument itself, about the projection of political preferences in the decision of morally relevant cases, especially where the legal orthodox references are uncertain, is plausible in several other legal systems.

41 SUNSTEIN; SCHKADE; ELLMAN; SAWICKI. *Are judges Political?* An Empirical Analysis of the Federal judiciary (n. 37), 8-61. This list of subject matters is based on U.S. law. Obviously, the most controversial issues may vary from one community to another since they relate to cultural moral disagreement.

dissent aversion.⁴² Panels entirely composed of judges with the same ideological profile tend to produce *ideological polarization* and, thus, decisions that are more liberal or conservative than those rendered by bodies with a heterogeneous composition. The union of homogeneous minds may lead to extremes. Ideologically heterogeneous bodies, in turn, are known to produce more moderate decisions. In the mentioned bodies, the dissenting judge acts as an antidote against the radicalism of the majority, either because he plays the role of the spokesman for different arguments, capable of moderating the understanding of his fellows, or by the majority's interest in avoiding dissent, and, consequently, by its willfulness to adjust its understanding in order to accommodate some of the dissenting judges' concerns.

On the other hand, due to an aversion to dissent, the dissenting judge who sits in a heterogeneous court is usually ideologically neutralized, abstaining from directly manifesting his divergence. This attitude stems from several factors. First, many magistrates become upset when a fellow judge dissents from their decisions. The need to preserve a good relationship among colleagues who sit together in court for years may render them less prone to dissent, especially if said divergence does not interfere with the outcome of the case. And dissenting is demanding insofar it requires the elaboration of a vote combating the position of the majority. The judge who abstains from dissenting in such circumstances makes a cost-benefit analysis and only dissents in disputes where his belief is sufficiently strong to compensate for the attrition with the other judges as well as the increased workload. On the other hand, in dissenting with self-restraint, a judge hopes for reciprocal behavior on part of his fellows.

There are cases, however, where ideological voting does not suffer the interference of other members of the panel, possibly because the intimate belief of the judge is sufficiently strong to bar external influences.⁴³ Thus, depending on the issue, the vote of a judge may be evaluated exclusively on the basis of his ideological preferences or on the basis of the interaction of such preferences with those held by the other members of the court where he sits. These remarks apply more effectively to bodies composed

42 SUNSTEIN; SCHKADE; ELLMAN; SAWICKI. *Are judges Political? An Empirical Analysis of the Federal Judiciary* (n. 37), 8-9; Posner, *How Judges Think* (n. 29) 31-35. Brenner, Whitmeyer, 'Strategy on the United States Supreme Court' (n. 37), 53-58.

43 The formation of conviction with intensity to justify dissent is the result of a number of other variables that interfere on decision making, as psychological (emotional and personality) aspects and the background of the judges. SUNSTEIN; SCHKADE; ELLMAN; SAWICKI. *Are Judges Political? An Empirical Analysis of the Federal Judiciary* (n. 37), p. 10-13.

of few members. As the number of judges in the group increases, the bargaining power of the dissenting judge decreases,⁴⁴ and the effects of the collegiate decision become more difficult to identify, since they require an understanding of the dynamics of the interactions among several judges, as it is the case, in general, of a Supreme Court.⁴⁵ Despite this, the interference of group dynamics in the decision making process of an individual judge of a Constitutional Court should not be neglected either.

The courts are also sensitive to situations that could either undermine the courts' stability or compromise the courts' ability to perform their roles.⁴⁶ Therefore, courts will avoid issuing decisions that they believe the Executive and Legislative branches manifestly will abstain from enforcing. The classic example of this type of situation is found in *West Coast Hotel Co. v. Parrish*. In that case, the U.S Supreme Court overruled the judicial interpretation consolidated in *Lochner v. New York*.⁴⁷ In *Lochner*, the Court had invalidated a law of the State of New York, which limited the number of working hours for bakers, on the basis that such law would constitute an undue restriction on the freedom of contract, initiating a period that was known as the *Lochner* Era, during which the Supreme Court annulled successive laws enacted in order to regulate labor relations.

In order to address the negative effects of the Great Depression of 1929, which peaked in the United States in 1933, U.S. President Franklin Roosevelt approved a series of measures, known as the *New Deal*, which aimed at regulating and recovering the economy. However, the doctrine the Supreme Court established in *Lochner* stood in the way of such measures, as it was responsible for the declaration of unconstitutionality of important statutes enacted for such purposes. In reaction to these decisions, President Roosevelt proposed, in 1937, a federal judicial reform plan, which became known as the *Court-Packing Plan*, allowing himself to nominate six new

44 POSNER, How Judges Think (n. 29), 57.

45 Ibid, 57. Furthermore, the dissent aversion tends to be lower in a Constitutional Court, what is justified by the following benefits of dissenting: a) it provides visibility; b) it addresses the concern of the Justices to present a coherent judicial philosophy; c) it is more likely to influence the development of law, because of the greater instability of Supreme Court precedents. (SUNSTEIN; SCHKADE; ELLMAN; SAWICKI. *Are judges Political? An Empirical Analysis of the Federal Judiciary* (n. 37), 43-45).

46 Brenner, Whitmeyer, 'Strategy on the United States Supreme Court' (n. 37), 128-135; BAUM, Judges and Their Audiences: A Perspective on Judicial Behavior (n. 35), 50-87; SUNSTEIN, Cass R. A Constitution of Many Minds (Princeton University Press: Princetown, 2009), 125-164; BARROSO, Luís Roberto. *Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e Política no Brasil Contemporâneo* (n. 32), 33-46.

47 198 US 45 (1905).

Justices to the Supreme Court (who, obviously, would be chosen according to their ideological convergence with the measures the President intended to implement). In the same year, the Court ruled *West Coast Hotel Co. v. Parrish*, in which, by a narrow margin, it changed its former position on freedom to contract in an episode that became known as “*the switch in time that saved nine*”.⁴⁸

Public opinion also constitutes a relevant element in the consideration of different points of view. It is capable of interfering with the institutional stability of the courts, with their power to politically influence the law, and also with the effectiveness of their decisions. The Judiciary is subject to the constraints of the political game. There is a limit up to which judges are willing to confront unpopular decisions. The acute and realistic risk of destabilization and demoralization could motivate a judge to bow to the public opinion, at the expense of his own convictions.⁴⁹

In these cases, the courts tend to adopt a passive stance, under the following attitudes: a) dismissing the claim, where possible, b) adopting a posture of deference towards the Legislative, expressing the view that the matter should be decided by the democratic process, or c) deciding the dispute in a minimalist fashion, issuing a very particular ruling, bound to the case at hand, so that its impact is minimized.⁵⁰

On the other hand, the support of public opinion and its alignment with the tendencies fostered by the courts enhances jurisprudential shifts. According to Sunstein, many of the innovations of the U.S. Supreme Court were based on social verdicts that had been established before or that were already in process of emerging, therefore, the conduct of the Court has

48 Available at: <http://www.boston.com/news/globe/ideas/articles/2005/12/04/supreme_switch1>. Accessed on: jan. 29, 2011.

49 However, it is believed that such cases are very rare, because: a) a popular reaction able to interfere with the judicial conduct of the Court would need to be a negative reaction of great intensity; b) it can be difficult for judges to anticipate that a reaction of such magnitude will occur, as a result of their decision; c) even if there is a negative reaction, it will not necessarily generate a weakening of the Court's position before the public opinion, especially if one considers the long term; d) even if such weakening occurs, it will not necessarily signify loss of effectiveness of the decision, unless compliance depends on public opinion or the public opinion is able to influence an action of the Executive or Legislative; e) it is more likely that a Judge worries about legal issues and political goals than about a potential damage to the Court, that he does not even know if will actually occur; f) the difficulty to anticipate and valueate the consequences may lead the Court to disregard them; g) the Judiciary must be independent from the public opinion (Brenner, Whitmeyer, 'Strategy on the United States Supreme Court' (n. 37), 128-129; Baum, Judges and Their Audiences: A Perspective on judicial Behavior (n. 35), 63-66).

50 SUNSTEIN. *A Constitution of Many Minds* (n. 46), 129, 135.

reflected such changes instead of promoting them. The author illustrates his point of view listing understandings shifts regarding freedom of contract, racial segregation, and women's rights, among others.⁵¹

Judges also can craft their opinion in a strategic way, in terms that allow them to achieve, as best as possible, the decision they consider to be adequate for the case at hand, and generate the least possible resistance to it. In acting strategically, a judge or a court can issue opinions that do not correspond to their real convictions, or to the decision they consider to be ideal.⁵² To issue a decision upholding certain constitutional values to the largest possible extent, the judge has to consider the reaction that decision will produce, for example, on the other members of the court, the Legislature, or the general public. The need to influence others may lead a judge to deliver his opinion grounded on basis that are different from those that actually inform his conviction by using, for example, a legalistic argument in order to conceal his political orientation. If a judge's goal is to influence the evolution of the law in a particular subject, he may have to moderate his decision so as not to provoke a reaction from the Legislative, either by the enactment of a constitutional amendment, or by the alteration of the composition of the Court. A similar situation may occur with respect to public opinion, if the issue at hand is able to mobilize it.⁵³

D) JUDICIAL PRECEDENTS AS A FILTER FOR ARGUMENTATION

The above considerations show that, although the adoption of a theory of precedent is justified as a way of promoting values that are important to the law, such as legal certainty, equality, legitimacy, and efficiency, it faces significant limitations in preserving these values. In fact, if one examines the reasoning of a decision, with the aim of identifying its *holding*, one finds a space of conformity with a considerable level of uncertainty. The same occurs in the definition of the holding's reach, when its scope can either be reduced or enlarged, thus extending or reducing the holding's impact on the development of the law.

The decision whether or not to apply a precedent in a subsequent case can also be influenced by the judge's subjectivity. The discussion

51 SUNSTEIN. *A Constitution of Many Minds* (n. 46), 140; Brenner, Whitmeyer, 'Strategy on the United States Supreme Court' (n. 37), 128-129; Baum, *Judges and Their Audiences: A Perspective on Judicial Behavior* (n. 35), 134-135.

52 BAUM. *Judges and Their Audiences: A Perspective on Judicial Behavior* (n. 35), 7; Posner, *How judges Think* (n. 29), 29-30.

53 BAUM. *Judges and Their Audiences: A Perspective on Judicial Behavior* (n. 35), 77-81.

and comparison of the relevant facts of both claims, the debate about the circumstances that could give rise to a different treatment may engender value judgments that lack safe guidelines. As already noted, a judge's assessment of the facts and their relevance can be influenced by personal experiences. Finally, the decisions in leading cases and the overruling of precedents allow judges ample room in which to exercise their judgment. In the first case, judges unequivocally create law, voicing their opinion on new issues. In the second case, judges change the law, as expressed in previous decision, and also may determine the point in time when the new understanding will begin to produce effects.

Such limitations do not weaken the value of a theory of precedent. As noted by Benjamin Cardozo in a passage quoted above, uncertainty is inevitable; it is inherent to the limits of language and to the impossibility to standardize all the facts of life in detail.⁵⁴ Instead, a theory of precedent, further to contributing, to the extent possible, to the reduction of uncertainty, promotion of equality, legitimacy, and efficiency of the courts, plays another very important role: it operates as an *argumentative filter*; *by offering guidelines for the selection of the issues that will be subject to debate.*

If the understanding of a particular legal issue has already been established, this circumstance will guide the parties to discuss the holding's reach or to attempt to demonstrate its inapplicability to the case at hand because of its peculiarities. The parties will know that they will not succeed in discussing the ruling itself, which has already been determined, unless their arguments meet the requirements necessary to evidence that the precedent should be overruled. In the last situation, litigants will have the burden to explain why the previous standard is inadequate and shall demonstrate the reasons why other solutions are better. They shall discuss the positive and negative consequences of abandoning the old understanding and, lastly, shall demonstrate that the former outnumber the latter.

In *leading cases* and absent other normative references, litigants shall try to: a) argue from principles that served as basis for previous *holdings*; b) challenge other principles that could possibly have some bearing on the case and that could produce negative outcomes; c) present an analysis focused on the problem, in its relevant facts; and d) draw on practical considerations of the values involved, customs, accepted social standards, and the consequences of the different solutions that could be applied to the dispute.

54 CARDOZO. *The Nature of the Judicial Process* (n. 1) 161-163.

In extreme situations, as when previous precedents are lacking, when they are overruled, or when the court makes inconsistent and arbitrary distinctions - in short, in any occasion when the principles previously stated by a court do not serve as basis for its decisions; and, additionally, when the judges fail to articulate other reasons to justify their conclusions, a theory of precedent will serve to evidence that the decision is possibly motivated by other factors, which are alien to the orthodox legal material.

This finding will enable a critical assessment of the works of the court, as well as the elaboration of a theory describing the decision making process, in which the elements that bear influence in its conviction are effectively represented, even though one understands that, from a prescriptive point of view, such process should be improved. The adequate description of the way the court operates is, once again, crucial to guide the litigants' argumentation. If subjective and institutional aspects play a role in the decision rendered to some cases, the litigants should consider these factors in deciding whether to bring (or not) a dispute before a court and how best to argue their claims.

Thus, binding precedents constitute a powerful mechanism in guiding the argumentation brought forth by litigants. They entail the exclusion of discussions on issues already settled, direct the debate to issues that remain open, indicate the type of argument that litigants may raise, depending either on the existence or on the absence of precedents, or, yet, on the need to have them overruled. They may also evidence subjective and institutional elements capable of interfering in the judicial behavior, enabling the development of a descriptive model of the decision making process and, most of all, providing litigants with sound references with which to uphold their arguments.

REFERENCES

ALEXANDER, Larry. Constrained by Precedent. *Southern California Law Review*, Los Angeles, v. 63, p.1-64, nov. 1989.

BARROSO, Luís Roberto. Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e Política no Brasil Contemporâneo. *Revista Jurídica da Presidência*, v. 12, n. 96, p. 5-43. Available at: <http://www.lrbarroso.com.br/pt/noticias/constituicao_democracia_e_supremaciajudicial_11032010.pdf>. Accessed on: jan. 29, 2011.

_____. Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro. Pós-Modernidade, Teoria Crítica e Pós-Positivismo. In: *Temas de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BAUM, Lawrence. *Judges and Their Audiences: A Perspective on Judicial Behavior*. Princeton: Princeton University Press, 2006.

_____. *The Supreme Court*. Washington: CQ Press, ed. 9, 2007.

BRENNER, Saul; WHITMEYER, Joseph M. *Strategy on the United States Supreme Court*. New York: Cambridge University Press, 2009.

CARDOZO, Benjamin N. *The Nature of the Judicial Process*. New York: Dover Publications, 2005.

COLE, Charles D. Stare Decisis na Cultura Jurídica dos Estados Unidos. O Sistema de Precedente Vinculante do Common Law. Tradução de Maria Cristina Zucchi. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 87, n. 752, p. 11-21, jun. 1998.

DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

_____. *Taking Rights Seriously*. Cambridge: Harvard University Press, 1977.

_____. *Uma Questão de Princípio*. Tradução de Luis Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

EISENBERG, Melvin Aron. *The Nature of the Common Law*. Cambridge: Harvard University Press, 1988.

GOODHART, Arthur L. Determining the Ratio Decidendi of a Case. *Yale Law Journal*, New Haven, v. XL, n. 2, p. 161-183, dec. 1930.

HANSFORD, Thomas. G.; SPRIGGS II, James F. *The Nature and Timing of the U. S. Supreme Court's Interpretation of Precedent*. Available at: <http://www.bsos.umd.edu/gvpt/CITE-IT/Documents/Hansford%20etal%202002%20Nature%20and%20Timing%20of%20t%20US%20Supreme%20Court.pdf>. Accessed on: jan. 29, 2011.

_____. *The Politics of Precedent on the U.S. Supreme Court*. Princeton: Princeton University Press, 2008.

LLEWELLYN, Karl. *The Common Law Tradition: Deciding Appeals*. Boston: Little, Brown and Company, 1960.

LLEWELLYN, Karl; GEWIRTZ, Paul; ANSALDI, Michael. The Case Law System in America. *Columbia Law Review*, New York, v. 88, n. 5, p. 989-1020, jun. 1988.

MALTZ, Earl. The Nature of Precedent. *North Carolina Law Review*, Chapel Hill, v. 66, p. 367-392, jan. 1988.

MARSHALL, Geoffrey. What is Binding in a Precedent. In: MACCORMICK, D. Neil; SUMMERS, Robert S. (org.). *Interpreting Precedents: A Comparative Study*. England: Dartmouth Publishing Company Limited e Ashgate Publishing Limited, p. 503-518, 1997.

MONAGHAN, Henry Paul. Stare Decisis and Constitutional Adjudication. *Columbia Law Review*, New York, v. 88, n. 4, p. 723-773, may 1988.

POSNER, Richard A. *How Judges Think*. Cambridge: Harvard University Press, 2010.

_____. *The Problems of Jurisprudence*. Cambridge: Harvard University Press, 1990.

RE, Edward D. Stare Decisis. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 19, n. 73, p. 47-54, jan./mar. 1994.

RORIVE, Isabelle. La Rupture de la House of Lords avec un Strict Principe du Stare Decisis dans le Contexte d'une Réflexion sur l'Accélération du Temps Juridique. In: GERARD, Philippe; OST, François; VAN DE KERCHOVE, Michel (org.). *L'Accélération du Temps Juridique*. Bruxelles: Facultés Universitaires Saint-Louis, p. 801-836, 2000.

SCHAUER, Frederick. Precedent. *Stanford Law Review*, Palo Alto, v. 39, p. 571-605, feb. 1987.

_____. Rules, The Rule of Law, and The Constitution. *Constitutional Commentary*, Minneapolis, v. 6, p. 69-85, 1989.

SILVA, Celso de Albuquerque. *Do Efeito Vinculante: sua Legitimação e Aplicação*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

STONE, Julius. The Ratio of the Ratio Decidendi. *Modern Law Review*, London, v. 22, p. 597-620, 1959.

SUMMERS, Robert S. Precedent in the United States (New York State). In: MACCORMICK, D. Neil; SUMMERS, Robert S. (org.). *Interpreting Precedents: A Comparative Study*. England: Dartmouth Publishing Company Limited e Ashgate Publishing Limited, p. 355-405, 1997.

SUNSTEIN, Cass R. *A Constitution of Many Minds: Why the Founding Document Doesn't Mean What It Meant Before*. Princeton: Princeton University Press, 2011.

SUNSTEIN, Cass R.; SCHKADE, David; ELLMAN, Lisa M.; SAWICKI, Andres. *Are judges Political? An Empirical Analysis of the Federal judiciary*. Washington: Brookings Institution, 2006.

TRIBE, Laurence H. *American Constitutional Law*. 3. ed. v.1, New York: Foundation Press, 2000.

_____; DORF, Michael C. *On Reading the Constitution*. Cambridge: Harvard University Press, 1991.

RECEBIDO EM: 23/05/2016

APROVADO EM:05/10/2016

A BRIEF ANALYSIS OF THE LEGAL FRAMEWORK FOR METHYL BROMIDE

***BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE O REGIME JURÍDICO DO
BROMETO DE METILA***

Wolney da Cunha Soares Júnior

Procurador Federal junto à Agência Nacional de Vigilância Sanitária/DF

SUMÁRIO: Introduction; I Vienna Convention for the Protection of the Ozone Layer (1985) And the Montreal Protocol on Substances That Deplete the Ozone Layer (1985); II Methyl Bromide; III The Abrogation of Joint Instruction (Instrução Normativa Conjunta – Inc) Sda/ Anvisa/Ibama N° 01/2002; IV Conclusion; References.

ABSTRACT: Many international conventions have been celebrated recently in an attempt to avoid or reduce the problems arising from advances in science and technology. In this context, in order to protect the environment, emerged the Vienna Convention for the Protection of the Ozone Layer (1985) and the Montreal Protocol on Substances that Deplete the Ozone Layer (1987), which provide control mechanisms for the production and consumption, for example, of methyl bromide, one of the most aggressive substances for the ozone layer in the world. However, article 2H, paragraph 6, of the Montreal Protocol brings exemptions for the abovementioned gas, which can be freely used for the exclusively purpose of quarantine and pre-shipment of goods for import and export in the international market. Nevertheless, through the Joint Instruction (Instrução Normativa Conjunta – INC) SDA/ANVISA/IBAMA nº 01/2002, Brazil edited rules more severe than the prohibitions prescribed by the Montreal Protocol and banned any use of methyl bromide after 31/12/2015, including the phytosanitary treatment. Considering the potential costs of this restriction for the public health and the Brazilian economy, recently it has been edited the Joint Instruction (Instrução Normativa Conjunta – INC) SDA/ANVISA/IBAMA nº 02/2015 simply to abrogate the previous norm for the sake of the referred exemptions. Thus, there is no violation of any international obligation assumed by Brazil.

KEYWORDS: Vienna Convention. Montreal Protocol. Ozone Layer. Methyl Bromide.

RESUMO: Têm sido celebradas muitas convenções multilaterais visando a regulamentar internacionalmente os problemas advindos dos progressos da ciência e da tecnologia. Nesse contexto, para a tutela do meio ambiente, surgiram a Convenção de Viena para a Proteção da Camada de Ozônio de 1985 e o Protocolo de Montreal sobre Substâncias que Destroem a Camada de Ozônio de 1987, que preveem mecanismos de controle para a produção e o consumo, por exemplo, de brometo de metila, que é uma das substâncias que mais degradam a camada de ozônio. Contudo, o art. 2H, parágrafo 6º, do Protocolo de Montreal (1987) indica que esse gás pode ser utilizado para fins de tratamento fitossanitário em quarentena e pré-embarque de produtos para importação e exportação no mercado internacional, razão pela qual não se sujeitaria ao controle estabelecido naquele instrumento. Apesar disso, por meio da Instrução Normativa Conjunta – INC SDA/ANVISA/IBAMA nº 01/2002, o Brasil havia se adiantado ao Protocolo de Montreal (1987) e estabelecido que seria admitido o uso do brometo de metila apenas até 31/12/2015, ainda que fosse exclusivamente para fins de tratamento fitossanitário em quarentena e

pré-embarque. Considerando os potenciais custos dessa proibição para a saúde e a economia brasileiras, foi editada recentemente a Instrução Normativa Conjunta – INC SDA/ANVISA/IBAMA nº 02/2015 para revogar a norma anterior e permitir as mencionadas exceções. Logo, não há violação de qualquer obrigação internacional assumida pelo Brasil.

PALAVRAS-CHAVE: Protocolo de Montreal. Ozônio. Brometo de Metila.

INTRODUCTION

Throughout the recent world history, mainly the period after 1945, many multilateral conventions have been celebrated in an attempt to avoid or reduce the problems arising from advances in science and technology.

The discussions about possible anthropogenic climate change related largely by industrialization have intensified from the 1970s¹ onwards.

At that time many questions arose whether human activities would indeed cause any damage to the stratospheric ozone layer, which plays a key role in preserving life on the planet due to its functions as a filter of solar radiation, preventing that huge amounts of ultraviolet B – UVB rays reach the surface of Earth causing serious health problems to all mankind (such as skin cancer, cataracts and weakened immune system).

Bearing in mind there are not national borders to disastrous consequences originated by the destruction of the atmosphere, the Vienna Convention on the Ozone Layer Protection (1985) and the Montreal Protocol on Substances that Deplete the Ozone Layer (1987)² were signed for the protection of the environment.

The idea was the adoption of precautionary measures even before a complete scientific confirmation related to the harmful effects of the observed phenomenon has become unchallengeable. Accordingly, the Vienna Convention and the Montreal Protocol are important precedents for the precautionary principle.

1 BARRETT, Scott. *Environment and statecraft: the strategy of environmental treaty-making*. London: Oxford University Press, 2005. p. 222-223.

2 The Vienna Convention for the Protection of the Ozone Layer (1985) and the Montreal Protocol on Substances that Deplete the Ozone Layer (1987) were ratified and promulgated by Legislative Decree (Decreto Legislativo) nº 91/1989 and Decree (Decreto) nº 99 280/1990.

In the following pages of this article the main features of the legal framework for methyl bromide, which is one of the most aggressive substances of the ozone layer controlled by the Montreal Protocol, will be presented, including the recent change made in the national regulation, in order to clarify the limits of its allowed use across the country and consequently the inexistence of any violation of international law.

I. VIENNA CONVENTION FOR THE PROTECTION OF THE OZONE LAYER (1985) AND THE MONTREAL PROTOCOL ON SUBSTANCES THAT DEplete THE OZONE LAYER (1985)

The Vienna Convention (1985) is a Framework Convention³, which can be defined as an international legislative technique through which general principles and obligations are established to enable the continuity of a negotiation process aiming at adopting additional protocols to detail the implementation of its measures according to the evolution of new technologies and scientific discoveries, apart from the costs and risks that the international community will accept as time passes.

Following the disclosure of the existence of a hole in the ozone layer over Antarctica in 1985, it was signed the Montreal Protocol (1987), whose main objective was a timetable for gradual and complete abolition of the production and consumption of certain ozone depleting substances - ODS's, although chemical substitutes and alternative technologies agents were not fully available⁴.

In compliance with the principle of common but differentiated responsibilities⁵, it has been agreed various deadlines for developed and developing countries.

Then, the Montreal Protocol sought to distribute as fairly as doable the sacrifices necessary to the protection of global resources in consonance with the capabilities and the social and economic conditions of each country involved, considering not only the largest historical contribution

3 ACCIOLY, Hildebrando; SILVA, Geraldo E. do Nascimento; CASELLA, Paulo Borba. *Manual de Direito Internacional Público*, 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2012; BIATO, Márcia Fortunato. Convenção-Quadro das Nações Unidas Sobre Mudança do Clima. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 42, n. 16, p. 239, abr./jun. 2005.

4 SANTOS NETO, João Antunes dos. O tratamento jurídico dos recursos atmosféricos. *Revista de Direito Ambiental*, v. 9, n. 33, jan./mar. 2004. p. 125-147.

5 BIATO, Márcia Fortunato. Convenção-Quadro das Nações Unidas Sobre Mudança do Clima. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 42, n. 16, p. 236, abr./jun. 2005.

of developed countries to the emission of pollutants, but at the same time to restrict as much as possible the damage to the economic growth of developing countries.

Later the Montreal Protocol (1987) was revised by the amendments of London (1990), Copenhagen (1992), Vienna (1995), Montreal (1997) and Beijing (1999)⁶ concerning, among other purposes, an increase in the size of the list of ODS's and also a shrinkage of the deadlines previously established.

II. METHYL BROMIDE

Due to the methyl bromide's significant ozone depleting potential, during the 4th Meeting of the Parties to the Montreal Protocol⁷, held in 1992 in Copenhagen, it was adopted for the first time a control mechanism for its production and consumption. For example, starting from 1995, its production by the developed countries would be limited to levels registered in 1991. However, the same rule did not apply to developing countries.

At the 7th Meeting of the Parties to the Montreal Protocol⁸, held in Vienna in 1995, the controls on the use of methyl bromide as a pesticide in agriculture were increased. In fact, while it was scheduled a deadline for the abolition of this chemical compound in industrialized countries by 2010, it was set a limit of production and consumption to developing countries by 2002 according to the average levels registered between 1995 and 1998.

After a few years, specifically at the 9th Meeting of the Parties to the Montreal Protocol⁹, held in Montreal in 1997, the aforesaid schedule was brought forward to completely eliminate methyl bromide in developed countries by 2005 and in developing countries by 2015. Notwithstanding

6 All amendments to the Montreal Protocol (1987) were approved by Brazil through Decrees (Decretos) nº 181/1991, 2.679/1998 and 5.280/2004.

7 PARSON, Edward A. *The complex chemistry of the international ozone agreements*. Environment, v. 37, n. 2, p. 20, mar. 1995.

8 Secretaria do Meio Ambiente de São Paulo. *Convenção de Viena para a Proteção da Camada de Ozônio e Protocolo de Montreal sobre Substâncias que Destroem a Camada de Ozônio*. Entendendo o Meio Ambiente, v. V, 1997, p. 11; OBERTHUR, Sebastian A. *Montreal Protocol: 10 years after*. Environmental policy and law, v. 27, n. 6, dec. 1997, p. 432; BARRETT, Scott. *Environment and statecraft: the strategy of environmental treaty-making*. London: Oxford University Press, 2005. p. 237.

9 OBERTHUR, Sebastian A. *Montreal Protocol: 10 years after*. *Environmental policy and law*, v. 27, n. 6, p. 432 e 434, dec. 1997.

the prohibition, there would remain an exceptional use of methyl bromide for quarantine and pre-shipment of products:

The Montreal Protocol also has an exemption for quarantine and pre-shipment uses of methyl bromide. The exemption allows for the continued production of methyl bromide for these limited uses. In order for the protocol exemption to be applied in the United States, the Clean Air Act had to be amended in 1998, allowing the EPA Administrator to create the exemption (...). The exemption does, however, show that the parties to the Protocol and the Administrator are aware that certain uses of methyl bromide need to be allowed in order to not stifle intra and international trade.¹⁰

Indeed, article 2H, paragraph 6, of the Montreal Protocol (1987), added by the amendments mentioned before, indicates that the methyl bromide used for phytosanitary treatment in quarantine and pre-shipment of goods for import and export in the international market is not considered consumption and therefore would not be subject to the control established in the agreement:

The calculated levels of consumption and production under this Article shall not include the amounts used by the Party for quarantine and pre-shipment applications.¹¹

This means the international obligations assumed by Brazil do not include banning the use of methyl bromide in quarantine and pre-shipment treatments.

The International Standards for Phytosanitary Measures - ISPM, adopted by the signatory countries of the International Plant Protection Convention - IPPC¹² to prevent the introduction and spread of pests that threaten plants and plant products as well as to promote their respective control measures, corroborate this affirmation.

10 BACKSTROM, Madonna J. Methyl bromide: the problem, the phase out and the alternatives. *Drake Journal of Agricultural Law*, v. 7, p. 226, 2002.

11 Transcript from the website: <<http://ozone.unep.org/en/handbook-montreal-protocol-substances-deplete-ozone-layer/16>>. Last accessed on: 31 jan. 2016.

12 See Decree (Decreto) nº 5.759, de 17/04/2006, through which Brazil promulgated the revised text of the International Plant Protection Convention - IPPC approved at the 29th United Nations Conference on Food and Agriculture – FAO.

Actually, the ISPM n° 15¹³ admits the use of methyl bromide, for instance, for the treatment of wood packaging material. Nevertheless, it not only recommends that measures be taken to reduce or eliminate its emission to the atmosphere where technically and economically feasible, but it also encourages the promotion of alternative treatments.

III. THE ABROGATION OF JOINT INSTRUCTION (INSTRUÇÃO NORMATIVA CONJUNTA – INC) SDA/ANVISA/IBAMA Nº 01/2002

Afterwards, through the Joint Instruction (Instrução Normativa Conjunta – INC) SDA / ANVISA / IBAMA No. 01/2002, Brazil stepped forward to the Montreal Protocol (1987) and prescribed the use of methyl bromide would be allowed only until 31/12/2015, even for phytosanitary treatment in quarantine and pre-shipment (article 2°).

This meant a more rigid protection of the environment under national law. On the other hand, it could create an unnecessary risk of introduction and spread of new pests in Brazil, besides a considerable loss in international trade of Brazilian products because of their impossibility to comply with the phytosanitary requirements demanded by many importing countries.

Pursuant to the data below, compiled from reports submitted to the United Nations Environment Programme – UNEP¹⁴, the consumption of methyl bromide for quarantine and pre-shipment is a regular practice for most of the countries signatories to the Vienna Convention and the Montreal Protocol:

METHYL BROMIDE QUARANTINE AND PRE-SHIPMENT - QPS CONSUMPTION IN TONNES						
Country signatory	2009	2010	2011	2012	2013	2014
Argentina	38.80	31.02	39.00	59.40	124.85	69.10
Australia	502.30	471.92	689.50	675.54	617.87	488.54
Brazil	56.39	132.10	84.43	74.17	89.24	72.99
Camaroon	21.00	21.00	23.00	23.00	35.00	20.00
Canada	16.91	3.41	1.36	1.82	0.36	1.00
Chile	25.91	143.87	22.22	108.21	63.87	88.73
China	1073.40	1258.93	1173.62	1094.29	1102.44	1124.96
Dominican Republic	8.00	25.20	25.70	29.40	30.00	20.70
Egypt	379.00	309.00	205.00	439.00	238.00	226.00

13 According to the website: <http://www.ispm15.com/ISPM15_Revised_2009.pdf>. Last accessed on: 31 jan. 2016.

14 According to the website: <<http://ozone.unep.org/en/data-reporting/data-centre>>. Last accessed on: 31 jan. 2016.

El Salvador	70.20	106.80	164.60	109.50	189.25	157.21
Fiji	6.40	12.80	15.00	16.30	11.92	13.80
Guatemala	26.60	16.00	46.91	37.00	24.00	47.70
Honduras	11.80	11.84	9.33	21.41	18.20	22.81
India	540.25	379.24	581.15	759.53	624.51	280.94
Indonesia	288.00	313.30	243.30	202.00	254.00	256.00
Islamic Republic of Iran	30.00	28.00	26.00	25.00	11.00	20.00
Israel	7.90	8.53	11.96	10.39	13.23	14.00
Jamaica	2.00	2.00	1.50	2.00	2.00	2.00
Japão	697.25	603.50	723.76	594.85	499.38	450.24
Jordan	10.00	12.00	12.00	12.00	10.00	12.00
Malaysia			148.23	124.77	157.18	152.53
Mexico	458.00	453.07	519.71	501.96	502.80	505.73
Morocco	10.00	10.00	10.00	10.00	10.00	7.00
New Zealand	269.60	406.40	469.10	571.30	568.60	524.60
Nicaragua	22.52	18.82	13.50	18.96	18.00	23.00
Filipinas	48.04	72.22	54.49	47.96	31.01	37.55
Republic of Korea	708.00	574.10	639.00	445.30	542.10	432.30
Saudi Arabia	10.00	15.00	18.00	15.00	12.00	15.00
Singapore	165.50	52.30	130.07	100.21	86.10	85.43
Solomon Islands	1.20	1.40	1.36	1.20	1.00	1.50
Sri Lanka	18.55	23.97	25.27	33.03	37.44	33.97
Swaziland	0.30	0.30	0.35	0.23	0.20	0.20
Thailand	465.25	466.79	342.54	320.20	156.10	122.70
Trinidad and Tobago	1.54	1.56	1.50	1.00	2.00	1.11
Turkey	27.00	27.00	40.00	40.00	50.00	39.90
United Arab Emirates	47.20	54.70	59.20	57.50	43.00	43.00
United States of America	2099.40	3843.80	1915.90	1170.90	2527.50	4676.90
Uruguay	43.00	51.98	40.62	24.40	20.30	32.70
Viet Nam	739.00	761.00	796.00	838.00	849.70	839.66
Zimbabwe	1.00	2.00	1.00	1.00	1.00	2.00

Extracted from: UNEP

For these reasons, the Joint Instruction (Instrução Normativa Conjunta – INC) SDA / ANVISA / IBAMA nº 02/2015¹⁵ abrogated the previous norm to admit the use of methyl bromide in Brazil for the exclusively purpose of quarantine and pre-shipment of goods for import and export in the international market.

15 BRASIL. Instrução Normativa Conjunta – INC SDA/ANVISA/IBAMA nº 02/2015, de 14 de dezembro de 2015. Published on: *Diário Oficial da União de 21 de dezembro de 2015*.

IV CONCLUSION

Methyl bromide is one of the most degrading chemical compounds for the ozone layer in the world and consequently it was included in the list of substances whose consumption is controlled by the Montreal Protocol.

However, article 2H, paragraph 6, of the Montreal Protocol indicates that the use of methyl bromide for phytosanitary treatment in quarantine and pre-shipment of goods for import and export in the international market is not considered consumption under its terms.

Nevertheless, through the Joint Instruction (Instrução Normativa Conjunta – INC) SDA / ANVISA / IBAMA nº 01/2002, Brazil stepped forward to the Montreal Protocol and allowed the use of methyl bromide only until 31/12/2015, even for phytosanitary treatment.

But the potential costs of such a prohibition for public health and also the Brazilian economy, considering simultaneously the absence of a suitable technological substitute for methyl bromide and the fact there is no international obligation to ban it worldwide for the exclusively purpose of quarantine and pre-shipment, the Joint Instruction (Instrução Normativa Conjunta – INC) SDA / ANVISA / IBAMA nº 02/2015 has recently abrogated the previous norm.

REFERENCES

ACCIOLY, Hildebrando; SILVA, Geraldo E. do Nascimento; CASELLA, Paulo Borba. *Manual de Direito Internacional Público*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BACKSTROM, Madonna J. Methyl bromide: the problem, the phase out and the alternatives. *Drake Journal of Agricultural Law*, v. 7, 2002.

BARRETT, Scott. *Environment and statecraft: the strategy of environmental treaty-making*. London: Oxford University Press, 2005.

O, Márcia Fortunato. Convenção-Quadro das Nações Unidas Sobre Mudança do Clima. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, ano 42, n. 16, abr./jun. 2005.

BRASIL. Instrução Normativa Conjunta – INC SDA/ANVISA/IBAMA nº 02/2015, de 14 de dezembro de 2015, publicado no *Diário Oficial da União de 21 de dezembro de 2015*.

OBERTHUR, Sebastian A. Montreal Protocol: 10 years after. *Environmental policy and law*, v. 27, n. 6, dec. 1997.

PARSON, Edward A. The complex chemistry of the international ozone agreements. *Environment*, v. 37, n. 2, mar. 1995.

SANTOS NETO, João Antunes dos. O tratamento jurídico dos recursos atmosféricos. *Revista de Direito Ambiental*, v. 9, n. 33, jan./mar. 2004.