REVISTA DE DIREITO E ATUALIDADES

julho/dezembro 2021

EDIÇÃO 03
VOLUME 02

DEBATES JURÍDICOS

ISSN: 2763-9630

idp

SUMÁRIO

CARTA EDITORIAL

Janete Ricken

João Paulo Branco.....*01*

RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR EFEITOS ADVERSOS GRAVES CAUSADOS PELA ADMINISTRAÇÃO DE VACINA CONTRA A COVID-19.

Maria Isabel Gallotti Rodrigues *02*

AUTORRESTRIÇÃO DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO

SELF-RESTRAINT OF FREEDOM OF EXPRESSION

Felipe Bizinoto Soares de Pádua.....*22*

AS CARACTERÍSTICAS DAS CRIPTOMOEDAS E OS DESAFIOS DA REPRESSÃO AO CRIME DE LAVAGEM DE DINHEIRO

THE CHARACTERISTICS OF CRYPTOCURRENCIES AND THE CHALLENGES OF THE REPRESSION OF MONEY LAUNDERING CRIME

Thiago da Cunha Brito.....*35*

COMPARTILHAMENTO INTERNACIONAL DE DADOS PARA SEGURANÇA PÚBLICA: PARALELO LEGISLATIVO ENTRE BRASIL E PORTUGAL

INTERNATIONAL DATA SHARING FOR PUBLIC SAFETY: LEGISLATIVE COMPARISON BETWEEN BRAZIL AND PORTUGAL

Amanda Cristina Alves Silva

Jéssica Guedes Santos.....*53*

CONSENTIMENTO E LGPD: DESAFIOS DIANTE DA HIPERVULNERABILIDADE DO CONSUMIDOR

CONSENT AND LGPD: CHALLENGES IN FACE OF CONSUMERS' HYPERVULNERABILITY

Alexandre Pereira Bonna

Amanda de Moura Cañizo

Giovana Ferreira Calzavara.....*62*

DECISÕES JUDICIAIS CONFLITANTES E O IMPACTO DA INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL NA UNIFORMIZAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA

CONFLICTING JUDICIAL DECISIONS AND THE IMPACT OF ARTIFICIAL INTELLIGENCE ON THE UNIFORMIZATION OF JURISPRUDENCE

Luísa Caroline Gomes

Thâmylla da Cruz Nunes *86*

EFICIÊNCIA DOS BENEFÍCIOS FISCAIS E NEUTRALIDADE FISCAL

TAX BENEFITS EFICIENCY AND FISCAL NEUTRALITY

Flávio Felipe Pereira Vieira dos Santos *104*

A MARCA SONORA NO BRASIL: REGISTRABILIDADE À LUZ DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E DO DIREITO COMPARADO

THE SOUND MARK IN BRAZIL: REGISTRABILITY BY THE INFLUENCE OF FEDERAL CONSTITUTION AND COMPARATIVE LAW

Davi Brito de Almeida.....*132*

NECESSIDADE DE ATUAÇÃO DOS TRIBUNAIS DE CONTAS PARA RECONHECIMENTO DE ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA NA OMISSÃO DE PRESTAÇÃO DE CONTAS

NEED FOR THE ACTION OF THE COURTS OF ACCOUNTS FOR RECOGNITION OF THE ACT OF ADMINISTRATIVE IMPROBITY IN THE OMISSION OF ACCOUNTABILITY

Fábio Manoel Fragoso Bittencourt Araújo.....*148*

Artigo acadêmico em língua estrangeira

THE DESIGN OF TAX POLICIES AND INEQUALITY: HOW CAN TAX POLICIES ADDRESS INEQUALITY?

A CONCEPÇÃO DAS POLÍTICAS TRIBUTÁRIAS E DESIGUALDADE: COMO AS POLÍTICAS TRIBUTÁRIAS PODEM COMBATER DESIGUALDADE?

Vivian Vieira Pinto *162*

Carta Editorial

A Revista de Direito e Atualidades (RDA) – projeto oficial do Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa (IDP) –, idealizada por alunos da graduação do IDP, continua com seu propósito de divulgar as recentes pesquisas científicas sobre o Direito, com o intuito de incentivar e aprofundar debates acadêmicos.

Em sua terceira edição, a Revista de Direito e Atualidades celebra a inauguração do ISSN (*International Standard Serial Number*, ou Número Internacional Normalizado para Publicações Seriadas), que representa a consolidação da RDA entre os periódicos científicos.

Ofertamos à comunidade acadêmica nove artigos aprovados pelo processo do *Double-Blind Peer Review*, avaliados pelos pareceristas que integram a equipe da Revista, além de um artigo oferecido pela Ministra Isabel Gallotti, do Superior Tribunal de Justiça (STJ).

Os artigos, que abordam variadas temáticas, propõem debates em âmbito nacional, bem como em âmbito internacional. Diante de todo o material reunido nesta edição, a Revista almeja cumprir a contento seu propósito de estimular a pesquisa, o pensamento crítico e a produção acadêmica.

Janete Ricken e João Paulo Branco

RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR POSSÍVEIS EFEITOS ADVERSOS GRAVES CAUSADOS PELA ADMINISTRAÇÃO DE VACINA CONTRA A COVID-19.

GOVERNMENT CIVIL LIABILITY FOR POSSIBLE GRAVE SIDE EFFECTS CAUSED BY THE ADMINISTRATION OF COVID-19 VACCINES

Maria Isabel Gallotti Rodrigues[1]

Resumo: estudo de direito comparado a propósito da responsabilidade civil por possíveis efeitos adversos graves decorrentes de administração de vacina contra a Covid-19. Estados Unidos da América. União Europeia. Isenção de responsabilidade do fabricante negociada com governos nacionais. Seguro social estabelecido em prol de países de baixa e média renda aderentes ao programa Covax Facility da Organização das Nações Unidas. Panorama jurídico no Brasil. Responsabilidade objetiva do Estado. Responsabilidade do fornecedor. Riscos do desenvolvimento. Assunção de responsabilidade pelo Estado por atos e omissões não imputáveis a seus prepostos. Legislação de caráter excepcional para possibilitar a aquisição de vacinas em meio à situação de emergência sanitária mundial.

Palavras-chave: vacinação compulsória, responsabilidade civil do Estado e do fornecedor, risco de desenvolvimento, direito comparado, Lei 14.125/2021.

Abstract: a comparative law study about civil liability for possible grave side effects caused by the administration of Covid-19 vaccines. United States Of America. European Union. Exemption of liability clauses negotiated by the manufacturer with national governments. Assurance for low and middle-income countries participants in the Covax Facility program, created by the United Nations. Legal landscape in Brazil. State. Government objective liability. Manufacturer's liability. Risks in development. Assumption of government liability for acts and omissions which are not imputable to its agents. Extraordinary legislation for the purchase of vaccines in the middle of a world-wide sanitary emergency.

Key words: vaccine mandates. Government civil liability and manufacturer's liability. Risk in development. Comparative law. Law 14.125/2021.

Sumário: 1. Emergência sanitária mundial. Vacinação como forma de estancar a pandemia. Riscos jurídicos envolvidos. 2. Riscos decorrentes da vacinação no direito comparado. Soberania do Estado e cláusulas de exclusão de responsabilidade. Seguro social. 3. Responsabilidade civil no direito brasileiro. Vacinação compulsória. Responsabilidade civil do Estado e responsabilidade do fornecedor. 4. Lei 14.125/2021: regra excepcional de assunção de riscos por atos não imputáveis ao Estado. Conclusão.

[1] Ministra do Superior Tribunal de Justiça.

1. EMERGÊNCIA SANITÁRIA MUNDIAL. VACINAÇÃO COMO FORMA DE ESTANCAR A PANDEMIA. RISCOS JURÍDICOS ENVOLVIDOS.

A emergência mundial de saúde pública provocada pela pandemia do novo coronavírus tem sido enfrentada em todo mundo com tenacidade, perseverança, solidariedade, superação, e, sobretudo, com exponencial evolução da ciência.

Hipóteses teóricas promissoras, com pesquisas iniciadas há décadas, foram, enfim, desenvolvidas e alcançaram resultados revolucionários, com rapidez surpreendente, graças a gigantescos aportes financeiros de governos nacionais e ao trabalho ingente de cientistas, laboratórios e indústrias. A inovadora tecnologia do RNAm, por exemplo, traz perspectivas de descobertas de tratamento para doenças hoje incuráveis. Tal esforço universal foi imprescindível para fazer face às avassaladoras consequências sanitárias, sociais, econômicas e políticas que assolam a humanidade.

No campo do desenvolvimento de vacinas, é interessante notar que a convergência geral a propósito da imprescindibilidade da vacinação em massa, o mais rapidamente possível, para estancar a evolução da pandemia, não se verifica no tratamento do direito interno de cada País acerca da responsabilidade civil em caso de indesejável – e imprevisível, no estado atual do conhecimento – efeito adverso grave causado pela administração de vacina contra a Covid-19.

Laboratórios desenvolvedores dos principais imunizantes largamente utilizados em todo o mundo asseguram que a velocidade do desenvolvimento das vacinas, necessária dada a emergência sanitária mundial, não implicou a supressão de fases das pesquisas, o que é corroborado pelas autorizações para uso emergencial concedidas pelos mais conceituados órgãos reguladores.

A despeito da seriedade e competência dos laboratórios, empresas fabricantes e dos órgãos governamentais de controle, é certo que o uso em massa de qualquer medicamento, mesmo após seu registro sanitário definitivo, implica riscos de efeitos adversos graves já previstos na bula e também riscos de desenvolvimento, estes desconhecidos pelo estado da arte da ciência quando do lançamento do produto.

A assunção de tais riscos se justifica pelo benefício em larga escala com a administração da vacina. Pondera-se, então, o risco decorrente da ausência da imunização, de um lado, e o

risco da vacinação em massa com produto recém-criado, ainda na fase IV das pesquisas[2], lastreado em autorização emergencial do órgão regulador.

Caso se cuidasse de vacina para prevenir doença já controlada por outros imunizantes conhecidos, com registro sanitário definitivo, ou de medicamento para doença passível de tratamento com outros meios, a tolerância ao risco seria mínima. O contrário ocorre em caso de pandemia, sem prevenção ou tratamento comprovadamente eficaz disponível, que vem velozmente dizimando milhões de pessoas.

Nesse contexto, autoridades governamentais de todo o mundo, amparadas pela quase unanimidade da comunidade científica internacional, têm concedido autorizações excepcionais para o emprego em massa de vacinas em caráter experimental.

2. RISCOS DECORRENTES DA VACINAÇÃO NO DIREITO COMPARADO. SOBERANIA DO ESTADO E CLÁUSULAS DE EXCLUSÃO DE RESPONSABILIDADE. SEGURO SOCIAL.

Nos Estados Unidos, embora como regra geral seja ampla a responsabilidade civil da indústria farmacêutica, há uma lei de 2005 ("*Public Readiness and Emergency Preparedness Act*" – PREP Act) que autoriza o governo americano, em períodos críticos, a conferir imunidade aos desenvolvedores de imunizantes e medicamentos, salvo em caso de erro doloso da empresa. Em fevereiro de 2.020, essa proteção foi concedida a empresas como Pfizer, Moderna e Janssen, em razão da atual pandemia, até 2.024. O motivo dessa excepcional isenção de responsabilidade foi incentivar as empresas a desenvolver vacinas de forma mais veloz do que o usualmente possível, embora sem eliminar as etapas de testes destinados a comprovar sua segurança e eficácia[3].

Com efeito, a vacina da Pfizer foi desenvolvida e aprovada para uso emergencial em apenas oito meses. Até então, a vacina mais rapidamente desenvolvida havia sido para caxumba, que levou quatro anos para ser testada e licenciada em 1967[4].

---

[2] Última fase das pesquisas, conhecida como Farmacovigilância, a qual acontece depois de registrado e lançado no mercado o produto farmacêutico. Nesta fase, com o uso do medicamento em larga escala, são detectados e definidos possíveis efeitos colaterais até então desconhecidos.

[3] MacKenzie Sigalos, "You can't sue Pfizer or Moderna if you have severe Covid vaccine side effects. The government likely won't compensate you for damages either". In: https://www.cnbc.com/2020/12/16/covid-vaccine-side-effects-compensation-lawsuit.html, publicado em 17.12.2020.

[4] CNBC, 17.12.2020, op. cit.

Além de ensejar o desenvolvimento mais rápido do imunizante, a isenção de responsabilidade também acarreta a redução dos custos da dose de vacina, pois o fabricante não precisa embutir no preço o risco da responsabilidade civil.

Igualmente, o Governo Americano não pode ser responsabilizado por eventuais danos sofridos em decorrência da vacina, embora o *Food and Drug Administration* (FDA) seja responsável por autorizar o uso emergencial do imunizante. Segundo Dorit Reiss, professor da *University of California Hastings College of Law*, trata-se de corolário do princípio da imunidade decorrente da soberania do Estado[5].

Assim, em princípio, não há ninguém a ser responsabilizado nos Estados Unidos em caso de efeitos adversos decorrentes da vacina contra a Covid-19. Existe apenas um pouco conhecido fundo criado pelo Congresso Americano (*Countermeasures Injury Compensation Program* – CICP) para ajudar a cobrir prejuízos e compra de medicamentos para vítimas que possam provar danos irreparáveis, como os decorrentes de vacinação, mas se trata de programa de difícil acesso, e advogados relatam que, na última década, esse fundo cobriu apenas 29 em 499 pedidos, sobretudo em decorrência da dificuldade de comprovar que o dano realmente decorreu, de forma direta, da administração da vacina.[6]

Na Europa, nas conversas preliminares para a compra, em caráter antecipado, pelos governos nacionais, de vacinas ainda em fase de desenvolvimento, o grande obstáculo inicial foram as regras de responsabilidade extracontratual e a responsabilidade por fato do produto, baseada no direito do consumidor.

Para viabilizar a aquisição, países da União Europeia negociaram cláusula de isenção de responsabilidade para fabricantes, mas não estruturaram um mecanismo de compensação para indivíduos afetados por danos eventualmente decorrentes da imunização[7]. Semelhante é a situação na Austrália[8].

A Organização Mundial da Saúde, por outro lado, estabeleceu programa de compensação, com caráter securitário, administrado pelas seguradoras Chubb e Marsh, destinado a 92 países de baixa e média renda, para que vítimas de efeitos adversos, vacinadas

[5]CNBC, 17.12.2020, op. cit.

[6] CNBC, 17.12.2020, op. cit.

[7] A respeito de cláusulas de isenção de responsabilidade em favor de empresas desenvolvedoras de vacinas contra o Covid-19 e da necessidade de criação de sistema de compensação por eventuais efeitos adversos independentemente de comprovação de culpa, confira-se HALABI, Sam, HEINRICH, Andrew and OMER, Saad B., "No-Fault Compensation for Vaccine Injury – The Other Side of Equitable Acess to Covid -19 Vaccines"; The New England Journal of Medice, december 3, 2020.

[8]Watts K, Popa T. Injecting fairness into Covid-19 vaccine injury compensation: no-fault solutions. J Eur Tort Law. 2021;12(1):1–39.

por meio do programa Covax Facility, sejam indenizadas sem necessidade de longos e custosos processos judiciais[9].

Alguns países, como a Nova Zelândia, França, Reino Unido, Noruega, Suécia, Finlândia, Dinamarca, Canadá, África do Sul e Japão, possuem diferentes modelos de compensação, independentemente de prova de culpa (*no-fault compensation*), para seus nacionais, mas diversos outros, na Europa e também a Austrália, não asseguram essa proteção, de forma que indivíduos não atendidos no âmbito do programa de vacinação Covax Facility, residentes em países destituídos desse tipo de sistema securitário, estão sem tal garantia[10].

A vantagem da adoção de programas de compensação do gênero - os quais podem ser financiados com recursos públicos, com a criação de uma taxa vinculada a essa finalidade, ou contribuições dos fabricantes, ou com uma mistura entre essas fontes - é sobretudo a agilidade da obtenção da indenização, sem necessidade de difícil produção de provas, ao longo de morosos processos judiciais. Mesmo a prova do nexo de causalidade é facilitada, sendo suficiente a demonstração de que é razoável supor que o efeito adverso grave seja decorrência da vacina.[11]

Como desvantagem, aponta-se a extensão da indenização a ser recebida, a qual, de modo geral, nos diversos programas da espécie, é limitada, não cobrindo amplamente os danos, sobretudo não havendo compensação para danos morais. Nesse tipo de sistema, não se tem em mira o caráter dissuasório e punitivo ao ofensor, mas assegurar com presteza compensação a vítimas de efeitos adversos graves pós-vacinas.

3. RESPONSABILIDADE CIVIL NO DIREITO BRASILEIRO. VACINAÇÃO COMPULSÓRIA. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO E RESPONSABILIDADE DO FORNECEDOR.

No Brasil, a Lei 13.979/20, que dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública decorrente do surto da Covid-19, autorizou as autoridades públicas

[9] Watts K, Popa T., op. cit.

[10] Watts K, Popa T., op. cit.

[11] Preconizando que países da União Europeia adotem programas de compensação sem necessidade de comprovação de culpa semelhantes ao do programa Covax Facility, leia-se BORGHETTI, Jean-Sébastien e Fairgrieve, Duncan e Goldberg, Richard e Howells, Geraint e Machnikowski, Piotr e Pilgerstorfer, Marcus e Rajneri, Eleonora e Rott, Peter e Santos Silva, Marta e Ulfbeck, Vibe (2021); "Procurement of Covid-19 vaccines: why were legal liabilities transferred to the public sector?" InDret 2021 (2), pp 364-366.

a adotar, entre outras medidas, no âmbito de suas competências, a vacinação compulsória, sob pena de imposição de sanção administrativa (art. 3º, inciso III, alínea "d" e §4º).[12]

O Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADIn 6.587 [13], afirmou a constitucionalidade da vacinação compulsória, conferindo interpretação conforme ao referido dispositivo legal, de forma a vedar apenas a imposição de vacinação forçada, dado o direito à intangibilidade, inviolabilidade e integridade do corpo humano. A obrigatoriedade da vacinação

[12] A propósito da legislação produzida no Brasil para atender à emergência sanitária da Covid-19, leia-se a monografia de Vitor Esmanhotto da Silva, "A Responsabilidade Civil do Estado e dos fornecedores pelos riscos da aplicação da vacina contra a Covid-19", apresentada ao Curso de Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis 2021

[13] AÇÕES DIRETAS DE INCONSTITUCIONALIDADE. VACINAÇÃO COMPULSÓRIA CONTRA A COVID-19 PREVISTA NA LEI 13.979/2020. PRETENSÃO DE ALCANÇAR A IMUNIDADE DE REBANHO. PROTEÇÃO DA COLETIVIDADE, EM ESPECIAL DOS MAIS VULNERÁVEIS. DIREITO SOCIAL À SAÚDE. PROIBIÇÃO DE VACINAÇÃO FORÇADA. EXIGÊNCIA DE PRÉVIO CONSENTIMENTO INFORMADO DO USUÁRIO. INTANGIBILIDADE DO CORPO HUMANO. PREVALÊNCIA DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE HUMANA. INVIOLABILIDADE DO DIREITO À VIDA, LIBERDADE, SEGURANÇA, PROPRIEDADE, INTIMIDADE E VIDA PRIVADA. VEDAÇÃO DA TORTURA E DO TRATAMENTO DESUMANO OU DEGRADANTE. COMPULSORIEDADE DA IMUNIZAÇÃO A SER ALÇANÇADA MEDIANTE RESTRIÇÕES INDIRETAS. NECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA DE EVIDÊNCIAS CIENTÍFICAS E ANÁLISES DE INFORMAÇÕES ESTRATÉGICAS. EXIGÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DA SEGURANÇA E EFICÁCIA DAS VACINAS. LIMITES À OBRIGATORIEDADE DA IMUNIZAÇÃO CONSISTENTES NA ESTRITA OBSERVÂNCIA DOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS. COMPETÊNCIA COMUM DA UNIÃO, ESTADOS, DISTRITO FEDERAL E MUNICÍPIOS PARA CUIDAR DA SAÚDE E ASSISTÊNCIA PÚBLICA. ADIS CONHECIDAS E JULGADAS PARCIALMENTE PROCEDENTES. I – A vacinação em massa da população constitui medida adotada pelas autoridades de saúde pública, com caráter preventivo, apta a reduzir a morbimortalidade de doenças infeciosas transmissíveis e a provocar imunidade de rebanho, com vistas a proteger toda a coletividade, em especial os mais vulneráveis. II – A obrigatoriedade da vacinação a que se refere a legislação sanitária brasileira não pode contemplar quaisquer medidas invasivas, aflitivas ou coativas, em decorrência direta do direito à intangibilidade, inviolabilidade e integridade do corpo humano, afigurando-se flagrantemente inconstitucional toda determinação legal, regulamentar ou administrativa no sentido de implementar a vacinação sem o expresso consentimento informado das pessoas. III – A previsão de vacinação obrigatória, excluída a imposição de vacinação forçada, afigura-se legítima, desde que as medidas às quais se sujeitam os refratários observem os critérios constantes da própria Lei 13.979/2020, especificamente nos incisos I, II, e III do § 2º do art. 3º, a saber, o direito à informação, à assistência familiar, ao tratamento gratuito e, ainda, ao "pleno respeito à dignidade, aos direitos humanos e às liberdades fundamentais das pessoas", bem como os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, de forma a não ameaçar a integridade física e moral dos recalcitrantes. IV – A competência do Ministério da Saúde para coordenar o Programa Nacional de Imunizações e definir as vacinas integrantes do calendário nacional de imunização não exclui a dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios para estabelecer medidas profiláticas e terapêuticas destinadas a enfrentar a pandemia decorrente do novo coronavírus, em âmbito regional ou local, no exercício do poder-dever de "cuidar da saúde e assistência pública" que lhes é cometido pelo art. 23, II, da Constituição Federal. V - ADIs conhecidas e julgadas parcialmente procedentes para conferir interpretação conforme à Constituição ao art. 3º, III, d, da Lei 13.979/2020, de maneira a estabelecer que: (A) a vacinação compulsória não significa vacinação forçada, por exigir sempre o consentimento do usuário, podendo, contudo, ser implementada por meio de medidas indiretas, as quais compreendem, dentre outras, a restrição ao exercício de certas atividades ou à frequência de determinados lugares, desde que previstas em lei, ou dela decorrentes, e (i) tenham como base evidências científicas e análises estratégicas pertinentes, (ii) venham acompanhadas de ampla informação sobre a eficácia, segurança e contraindicações dos imunizantes, (iii) respeitem a dignidade humana e os direitos fundamentais das pessoas; (iv) atendam aos critérios de razoabilidade e proporcionalidade, e (v) sejam as vacinas distribuídas universal e gratuitamente; e (B) tais medidas, com as limitações expostas, podem ser implementadas tanto pela União como pelos Estados, Distrito Federal e Municípios, respeitadas as respectivas esferas de competência.(ADI 6586, Relator(a): RICARDO LEWANDOWSKI, Tribunal Pleno, julgado em 17/12/2020, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-063 DIVULG 06-04-2021 PUBLIC 07-04-2021)

deve ser levada a efeito por meio de sanções indiretas, como vedação ao exercício de determinadas atividades e frequência de certos locais públicos.

Com base nessa autorização legislativa, autoridades públicas estaduais e municipais têm exigido prova de vacinação para ingresso em determinados locais, e empregadores, em cumprimento a decretos de autoridades locais, têm aplicado sanções a empregados, chegando até mesmo à demissão por justa causa daqueles que se negam a receber a imunização.

A Lei 13.979/20, com a redação dada pela Lei 14.006/20, também permitiu a importação e distribuição de medicamentos, vacinas e quaisquer insumos da área de saúde úteis ao combate à pandemia, sem registro na Anvisa, desde que registrados por alguma das autoridades sanitárias estrangeiras especificadas na alínea "a" do inciso VIII, do citado art. 3º[14].

O §7º-A do mencionado artigo 3º estabelece, ainda, que a autorização excepcional para importação de insumos sem registro sanitário no Brasil deverá ser deferida pela Anvisa em até 72 (setenta e duas horas) após a submissão do pedido à Agência, dispensada a autorização de qualquer outro órgão público, sendo concedida automaticamente caso esgotado o prazo sem manifestação. Esse último dispositivo foi vetado pelo Presidente da República, mas o veto foi derrubado pelo Congresso Nacional.

No anseio de assegurar o quanto antes a vacinação em massa da população, a Lei 14.124/21 também permitiu a importação de vacinas e medicamentos contra a covid-19, com estudos da fase 3 concluídos ou com os resultados provisórios de um ou mais estudos clínicos, desde que autorizados para uso experimental pelas autoridades sanitárias enumeradas em onze incisos do art. 16 ou quaisquer outras com reconhecimento internacional e certificadas, com nível de maturidade IV, pela Organização Mundial da Saúde ou outras instituições estrangeiras mencionadas no inciso XII do referido artigo. No caso dessa última excepcionalidade, o prazo conferido pela Lei para aprovação da Anvisa foi de sete dias úteis (§§ 1º e 4º do art. 16), podendo estender-se para até trinta dias, caso não houvesse parecer de alguma das autoridades internacionais especificadas (OMS, ICH ou PIC/S), sob pena de aprovação tácita da importação.

Naturalmente, a flexibilização dos requisitos para a aquisição e dispensação dos imunizantes, excepcionalmente justificada pela emergência sanitária, importa, de certa forma, em acréscimo do risco tecnológico, conferindo superior relevo à questão da responsabilidade civil por eventuais efeitos adversos graves decorrentes da vacina.

---

[14] Food and Drug Administration (FDA); European Medicines Agency (EMA); Pharmaceuticals and Medical Devices Agency (PMDA); National Medical Products Administration (NMPA);

No direito brasileiro, em caso de eventual efeito adverso grave causado pela vacina, a responsabilidade civil do Estado decorre do art. 37, §6º da Constituição, segundo o qual "as pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa".

O referido dispositivo constitucional consagra a responsabilidade objetiva, adotando a teoria do risco administrativo, baseada na ideia de que a atuação do Estado, em prol da coletividade, acarreta risco que não deve recair em apenas um indivíduo, eventualmente prejudicado, mas ser dividida por todos sujeitos à soberania estatal. Para tanto, é suficiente que a vítima comprove a existência de uma ação ou omissão de agente estatal, mesmo que lícita, de um dano e do nexo de causalidade entre esses dois elementos, para que se imponha o dever de indenizar.

O Programa Nacional de Vacinação é de responsabilidade do Ministério da Saúde (Lei 6.259/75, art. 3º) e as vacinas, assim como os medicamentos, estão sujeitas a registro na ANVISA, agência vinculada ao referido Ministério, para que sejam utilizadas no país (Lei 6.360/76, art. 16), donde o vínculo direto entre eventual dano decorrente da imunização e a ação de agentes estatais.[15]

A responsabilidade civil da União por efeitos adversos causados por vacina administrada no âmbito do Programa Nacional de Vacinação está assentada em precedentes do Superior Tribunal de Justiça, nos quais foi reconhecido o direito à ampla indenização, abrangente de danos materiais, inclusive pensão vitalícia, e danos morais[16].

---

[15] A respeito da responsabilidade civil da União por efeitos eventuais adversos graves decorrentes de imunizante administrado no Plano Nacional de Vacinação confiram-se dois artigos de Joyceane Bezerra de Menezes: "Responsabilidade Civil da União pelos danos causados pela vacina contra a Inflenza A – Síndrome de Guillain-Barré" (SGB), Pensar – Revista de Ciências Jurídicas, ahead of print, 2020 e "Covid-19, EAPV e a responsabilidade civil da União" Migalhas 27.5.2021.

[16] PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. OCORRÊNCIA DE DANO ESTÉTICO E FUNCIONAL DE NATUREZA GRAVÍSSIMA E IRREVERSÍVEL, COMPROVADO NAS INSTÂNCIAS DE ORIGEM. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS CUMULADOS COM PENSÃO VITALÍCIA. CAMPANHA NACIONAL DE VACINAÇÃO CONTRA INFLUENZA PROMOVIDA PELA UNIÃO FEDERAL. INCAPACIDADE TOTAL DA VÍTIMA, POR EVENTO PÓS-VACINAL, VINCULADO AO ATO DA VACINAÇÃO E DELE DIRETAMENTE DECORRENTE. SÍNDROME DE GUILLAIN-BARRÉ. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ENTE PÚBLICO CLARAMENTE DEFINIDA. INÉRCIA PROCESSUAL DA UNIÃO: NÃO APELOU, NÃO CHAMOU NEM DENUNCIOU À LIDE O LABORATÓRIO FABRICANTE E A EMPRESA CONTRATANTE, NÃO AGRAVOU, NÃO RECORREU DA CONDENAÇÃO JUDICIAL QUE LHE FOI IMPOSTA, NEM SUSTENTOU ORALMENTE NESTE JULGAMENTO. PROCEDÊNCIA DO PEDIDO DE PENSÃO VITALÍCIA. RESIGNAÇÃO DA UNIÃO FEDERAL QUANTO AOS TERMOS DA CONDENAÇÃO. NÃO INTERPOSIÇÃO DE RECURSOS. ADEQUAÇÃO DO QUANTUM INDENIZATÓRIO À EXTENSÃO DO

No julgamento do REsp 1388197/PR, o Ministro HERMAN BENJAMIN ressaltou: "Uma das mais extraordinárias conquistas da medicina moderna e da saúde pública, as vacinas representam uma bênção para todos, mas causam, em alguns, reações adversas que podem incapacitar e até levar à morte. Ao mesmo Estado a que se impõe o dever de imunizar em massa compete igualmente amparar os poucos que venham a sofrer com efeitos colaterais"[17].

DANO CAUSADO. RECURSO ESPECIAL A QUE SE DÁ PROVIMENTO. 1. Consoante se depreende dos autos, a Recorrente, após ser vacinada em meados de maio de 2008, durante a Campanha Nacional de Vacinação contra a influenza promovida pela UNIÃO FEDERAL, foi acometida de polineuropatia desmilienizante inflamatória pós-vacinal, não havendo dúvidas acerca do nexo de causalidade entre a vacina e o dano que lhe fora causado; este ponto é pacífico, porque definido em termos conclusivos nas instâncias ordinárias. 2. Diante de tal quadro, encontra-se em condição paraplégica, necessitando de ajuda para realizar todas as atividades do seu dia a dia, inclusive beber água e se alimentar, impossibilitada de realizar as tarefas mais básicas do seu antigo cotidiano, como cuidar da sua filha, ainda em tenra idade infantil, exercer seu trabalho e realizar as demais atividades que antes faziam parte de sua vida, tendo manifestado quadro de depressão em razão dessa circunstância em que se encontra. 3. Reconhecida a responsabilidade civil do Ente Público, pelo Tribunal de origem, a UNIÃO FEDERAL ficou inerte: não apelou daquela decisão, não chamou nem denunciou à lide o Laboratório fabricante e a Empresa contratante, não agravou bem como não recorreu da condenação judicial que lhe foi imposta, pois se resignou com a rejeição de seguimento aos seus Recursos Extraordinário e Especial; como também não sustentou oralmente em sua defesa neste julgamento. Com efeito, somente a parte Autora recorreu a esta Corte, postulando o aumento do valor da indenização por danos morais e a implantação de pensão vitalícia, que não fora reconhecida pelo Tribunal Sergipano. 4. O art. 950 do Código Civil dispõe que se da ofensa resultar defeito pelo qual o ofendido não possa exercer o seu ofício ou profissão, ou se lhe diminua a capacidade de trabalho, a indenização, além das despesas do tratamento e lucros cessantes até ao fim da convalescença, incluirá pensão correspondente à importância do trabalho para que se inabilitou, ou da depreciação que ele sofreu.5. Conforme jurisprudência desta Corte Superior de Justiça, a vítima do evento danoso, que sofre redução parcial e permanente da sua capacidade laborativa, tem direito ao pensionamento previsto no dispositivo legal acima transcrito, independentemente da existência de capacidade para o exercício de outras atividades, em razão do maior sacrifício para a realização do serviço (AgRg no AREsp. 636.383/GO, Rel. Min. LUIS FELIPE SALOMÃO, DJe 10.9.2015).; REsp. 1.344.962/DF, Rel. Min. RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, DJe 2.9.2015; REsp. 1.292.728/SC, Rel. Min. HERMAN BENJAMIN, DJe 2.10.2013; EDcl no REsp. 1.269.274/RS, Rel. Min. MAURO CAMPBELL MARQUES, DJe 13.3.2013).6. Nas hipóteses em que se verificar patenteada a desproporcionalidade entre a indenização e a extensão do dano causado, é permitido afastar-se a incidência da Súmula 7 desta Corte para adequação do respectivo quantum.7. Dessa forma, considerando-se as peculiaridades do caso concreto, mormente o grau de ofensa causada à honra da Recorrente, altera-se a indenização por dano moral de R$ 50.000,00 para o valor de R$ 100.000,00, atentando-se especialmente para o princípio da equidade e para os valores indenizatórios que esta Corte Superior tem arbitrado em casos de evidente menor gravidade. (...)10. Recurso Especial da vítima do dano a que se dá provimento para determinar a concessão de pensão vitalícia a ser fixada em liquidação de sentença e alterar o valor da indenização por danos morais de R$ 50.000,00 para R$ 100.000,00. (REsp 1514775/SE, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 23/08/2016, DJe 10/11/2016)

[17] ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA. ACIDENTE DE CONSUMO. ART. 927, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CÓDIGO CIVIL. ART. 14 DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. CAMPANHA NACIONAL DE VACINAÇÃO DE IDOSOS CONTRA VÍRUS INFLUENZA-GRIPE. REAÇÃO VACINAL. DESENVOLVIMENTO DA SÍNDROME DE GUILLAIN-BARRÉ. CASO FORTUITO NÃO CONFIGURADO. DANO MORAL PRESUMIDO. INDENIZAÇÃO. 1. Hipótese em que o particular, ora recorrido, postulou a condenação solidária dos réus ao pagamento de indenização por danos morais, materiais e pensionamento mensal decorrentes do desenvolvimento da "Síndrome de Guillain-Barré" (SGB) após tomar dose de vacina contra o vírus influenza (gripe), atendendo à incitação publicitária da "Campanha Nacional de Vacinação de Idosos". 2. Uma das mais extraordinárias conquistas da medicina moderna e da saúde pública, as vacinas representam uma bênção para todos, mas causam, em alguns, reações adversas que podem incapacitar e até levar à morte. Ao mesmo Estado a que se impõe o dever de imunizar em massa compete igualmente amparar os poucos que venham a sofrer com efeitos colaterais. 3. Com base no art. 927, parágrafo único, do Código Civil ou no art. 14 do Código de Defesa do Consumidor, é objetiva a responsabilidade civil do Estado por acidente de consumo

No contexto atual, de vacinação com produtos ainda sem registro definitivo, autorizada pelo órgão regulador em caráter emergencial, compulsoriamente exigida da população, com base nas Leis 13.979/20, 14.002/20 e 14.124/21, mais evidente fica o fundamento da responsabilidade civil do Estado, pois a imunização tem por escopo a saúde pública, vale dizer, se o benefício é colhido pela coletividade, eventual dano por ela deve ser composto.

No sistema jurídico brasileiro, todavia, não é apenas contra o Estado que a vítima de efeito adverso da vacina pode demandar.

Segundo o disposto no art. 12, §3º, do Código de Defesa do Consumidor, também o fabricante responde, de forma objetiva, por eventual dano, somente podendo se eximir de responsabilidade se comprovar "que não colocou o produto no mercado; que, embora haja colocado o produto no mercado, o defeito inexiste ou a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro".

Interpretando o mencionado artigo, a pacífica jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça entende que basta ao consumidor comprovar a lesão e o nexo de causalidade entre o dano e o uso do produto, para que o fabricante, o produtor ou o importador (toda a cadeia de fornecimento) respondam solidária e amplamente por prejuízos de ordem material e moral, ressalvadas as hipóteses de exclusão de responsabilidade previstas no art. 12, §3º acima citado.[18]

Na mesma linha, o art. 51 do CDC prescreve serem nulas de pleno direito as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que "impossibilitem, exonerem ou atenuem a responsabilidade do fornecedor por vícios de qualquer natureza dos produtos e serviços ou impliquem renúncia ou disposição de direitos" (inciso I), sendo inválidas também as cláusulas que "transfiram a responsabilidade a terceiros" (inciso III).

A circunstância de não haver vínculo jurídico direto entre a empresa fabricante e o indivíduo que recebeu a vacina no âmbito do Programa Nacional de Imunização não afasta a regra de responsabilidade prevista no CDC, cujo art. 17 equipara aos consumidores todas as vítimas do evento, mesmo que não tenham celebrado contrato com o fornecedor do produto. Na condição de consumidor por equiparação, também denominado *bystander*, o lesado tem o

---

decorrente de vacinação, descabendo falar em caso fortuito ou imprevisibilidade de reações adversas.4. Recurso Especial não provido. (REsp 1388197/PR, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 18/06/2015, DJe 19/04/2017)

[18] A propósito, entre muitos outros, REsp 1.715.505/MG, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 20.3.2018, DJe 23.3.2018; REsp 1.661.913/MG, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 20.10.2020, DJe de 10.2.2021; AgInt no AREsp 1.598.606/RJ, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, julgado em 23.11.2020, DJe de 17.12.2020; AgInt no REsp 1.861.275/MA, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 1°.3.2021, DJe de 9.3.2021.

direito de acionar diretamente o fornecedor pelos danos sofridos, o que pode ser conveniente por não estar a execução da sentença proferida contra a empresa privada sujeita ao regime de precatório.

A responsabilidade objetiva por fato do produto foi consagrada também no âmbito do Código Civil, em seu art. 931, o qual prescreve que "ressalvados outros casos previstos em lei especial, os empresários individuais e as empresas respondem independentemente de culpa pelos danos causados pelos produtos postos em circulação".

No tocante especificamente à responsabilidade civil decorrente de efeito adverso de medicamentos, incide a regra do art. 8º do CDC, segundo o qual "os produtos e serviços colocados no mercado de consumo não acarretarão riscos à saúde ou a segurança dos consumidores, exceto os considerados normais e previsíveis em decorrência de sua natureza e fruição, obrigando-se os fornecedores, em qualquer hipótese, a dar as informações necessárias e adequadas a seu respeito."

Medicamentos são produtos de periculosidade inerente, cujos riscos são normais à sua natureza, pois, em geral, têm efeitos colaterais e contra-indicações previsíveis, informados na bula, sendo o consumidor a respeito deles expressamente alertado. Assim, satisfeito adequadamente o dever de informação (CDC, art. 6º, inciso III), eventual efeito adverso não enseja a responsabilização do fornecedor, pois não se cuida de produto defeituoso. Com esses fundamentos, o STJ, em acórdão da relatoria do Ministro Marco Aurélio Bellizze, excluiu a responsabilidade do fabricante do anti-inflamatório Vioxx, pelo óbito de usuário do medicamento, vítima de doença renal, considerando que o dever de informação fora adequadamente cumprido com as informações constantes na bula, tendo o risco sido incrementado por doença autoimune da qual era portador.[19]

---

[19] RECURSO ESPECIAL E RECURSO ADESIVO. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS ADVINDOS DA MORTE, POR INSUFICIÊNCIA RENAL, DE PESSOA QUE, POR PRESCRIÇÃO MÉDICA, INGERIU ANTI-INFLAMATÓRIO (VIOXX), CUJA BULA ADVERTE EXPRESSAMENTE, COMO POSSÍVEIS REAÇÕES ADVERSAS, A OCORRÊNCIA DE DOENÇAS RENAIS GRAVES. 1. FUNDAMENTO DA RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO FORNECEDOR PELO FATO DO PRODUTO. INOBSERVÂNCIA DO DEVER DE SEGURANÇA, A PARTIR DA FABRICAÇÃO E INSERÇÃO NO MERCADO DE PRODUTO DEFEITUOSO. 2. DEFEITO DE CONCEPÇÃO OU DE INFORMAÇÃO. NÃO VERIFICAÇÃO. 3. PRODUTO DE PERICULOSIDADE INERENTE, CUJOS RISCOS, COMUNS A TODOS OS MEDICAMENTOS DO GÊNERO, ERAM PREVISÍVEIS E FORAM DEVIDAMENTE INFORMADOS AOS CONSUMIDORES. 4. REGRAS PROCESSUAIS DE VALORAÇÃO DA PROVA. INOBSERVÂNCIA. VERIFICAÇÃO. 5. RECURSO ESPECIAL PROVIDO. 1. O Código de Defesa do Consumidor acolheu a teoria do risco do empreendimento (ou da atividade) segundo a qual o fornecedor responde objetivamente por todos os danos causados ao consumidor pelo produto ou serviço que se revele defeituoso (ou com a pecha de defeituoso, em que o fornecedor não se desonera do ônus de comprovar que seu produto não ostenta o defeito a ele imputado), na medida em que a atividade econômica é desenvolvida, precipuamente, em seu benefício, devendo, pois, arcar com os riscos "de consumo" dela advindos. Há que se bem delimitar, contudo,

Como visto, portanto, mesmo em caso de efeitos adversos graves, se estava previsto em bula, se houve a informação prévia, acessível e adequada, resta afastada a responsabilidade civil do fornecedor de vacina autorizada pelo órgão governamental competente.

Existe a possibilidade, contudo, de ocorrerem efeitos adversos não conhecidos e nem previsíveis pelo estado da arte da ciência na época em que o produto foi colocado no mercado. Isso pode acontecer mesmo com medicamentos existentes há décadas, sendo maior ainda o risco no caso de produtos farmacêuticos novos, autorizados para uso emergencial em caráter precário. Cuida-se do que a doutrina denomina risco do desenvolvimento.

Segundo importante precedente do STJ, de relatoria da Ministra Nancy Andrighi, o risco de desenvolvimento, embora desconhecido, existe desde a concepção do produto e configura fortuito interno, pelo qual responde objetivamente o fornecedor. Com efeito, sendo resultado da atividade econômica da empresa, que lucra com a venda do produto, deve ela responder por danos causados, mesmo que ignorados na época do desenvolvimento.[20]

---

o fundamento desta responsabilidade, que, é certo, não é integral, pois pressupõe requisitos próprios (especialmente, o defeito do produto como causador do dano experimentado pelo consumidor) e comporta excludentes. O fornecedor, assim, não responde objetivamente pelo fato do produto simplesmente porque desenvolve uma atividade perigosa ou produz um bem de periculosidade inerente, mas sim, concretamente, caso venha a infringir o dever jurídico de segurança (adentrando no campo da ilicitude), o que se dá com a fabricação e a inserção no mercado de um produto defeituoso (de concepção técnica, de fabricação ou de informação), de modo a frustrar a legítima expectativa dos consumidores. 2. Para a responsabilização do fornecedor por acidente do produto não basta ficar evidenciado que os danos foram causados pelo medicamento Vioxx (circunstância, ressalta-se, infirmada pela prova técnica, que imputou o evento morte à doença auto-imune que acometeu o paciente, mas admitida pelos depoimentos dos médicos, baseados em indícios), tal como compreendeu o Tribunal de origem. Mais que isso. O defeito do produto deve apresentar-se, concretamente, como o causador do dano experimentado pelo consumidor, fator que se revelou ausente a partir das provas coligidas nos autos (reproduzidas e/ou indicadas no acórdão recorrido), a esvaziar, por completo, a responsabilidade do fornecedor. 3. Restou incontroverso da prova haurida dos autos (seja a partir do laudo pericial que excluiu peremptoriamente o nexo causal entre o uso do medicamento e a morte do paciente, seja do depoimento médico transcrito que embasou o decreto condenatório) que todo anti-inflamatório, como o é o medicamento Vioxx, possui, como reação adversa, a possibilidade de desenvolver doenças renais graves (circunstância, no caso dos autos, devidamente informada na bula do medicamento, com advertência ao consumidor deste risco). 3.1 Em se tratando de produto de periculosidade inerente, cujos riscos são normais à sua natureza (medicamento com contra-indicações) e previsíveis (na medida em que o consumidor é deles expressamente advertido), eventual dano por ele causado ao consumidor não enseja a responsabilização do fornecedor, pois, de produto defeituoso, não se cuida. 3.2 O descumprimento do dever de segurança, que se dá com a fabricação e inserção no mercado de produto defeituoso, a ser devidamente investigado, deve pautar-se na concepção coletiva da sociedade de consumo, e não na concepção individual do consumidor-vítima, especialmente no caso de vir este a apresentar uma condição especial (doença auto-imune, desencadeadora da patologia desenvolvida pelo paciente, segundo prova técnica produzida e não infirmada pelo depoimento médico que embasou o decreto condenatório). 3.Tampouco o fato de o medicamento ter sido retirado voluntariamente do mercado pelo laboratório fornecedor, ocasião em que contava com a plena autorização dos órgãos de controle (Anvisa), pode caracterizar, por si, o alegado defeito do produto, ou como entendeu o Tribunal de origem, um indicativo revestido de verossimilhança, se a sua retirada não guarda nenhuma relação com os fatos descritos na exordial. (...) 5. Recurso Especial provido e recurso especial adesivo prejudicado. (REsp 1.599.405/SP, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, TERCEIRA TURMA, julgado em 4.4.2017, DJe de 17.4.2017)

[20] RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E COMPENSAÇÃO DO DANO MORAL. MORTE DA PARTE AUTORA ANTES DA INTERPOSIÇÃO DO RECURSO.

No mesmo sentido, o enunciado 43 da I Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal: "A responsabilidade civil pelo fato do produto, prevista no art. 931 do novo Código Civil, também inclui os riscos do desenvolvimento".

Verifica-se, portanto, que, ao contrário do ordenamento jurídico de outras nações, o sistema brasileiro assegura completa proteção a eventual vítima de efeito adverso grave da

---

DESCONHECIMENTO DO FATO PELOS ADVOGADOS E AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DA MÁ-FÉ. (...) RISCO INERENTE AO MEDICAMENTO. DEVER DE INFORMAR QUALIFICADO DO FABRICANTE. VIOLAÇÃO. DEFEITO DO PRODUTO. RISCO DO DESENVOLVIMENTO. DEFEITO DE CONCEPÇÃO. FORTUITO INTERNO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO FABRICANTE CONFIGURADA. CULPA CONCORRENTE DO CONSUMIDOR AFASTADA. COMPROVAÇÃO DOS DANOS EMERGENTES E DOS LUCROS CESSANTES. NECESSIDADE DE LIQUIDAÇÃO DA SENTENÇA. REEXAME DE FATOS E PROVAS. SÚMULA 7/STJ. DANO MORAL. MAJORAÇÃO DA VERBA FIXADA. VERBA ALIMENTAR RECEBIDA EM ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. NATUREZA IRREPETÍVEL. COMPENSAÇÃO INVIÁVEL. (...) 2. O propósito dos recursos é decidir sobre: (i) a sucessão processual; (ii) a negativa de prestação jurisdicional; (iii) a responsabilidade civil do laboratório e a culpa concorrente da paciente; (iv) a comprovação dos danos materiais e a necessidade de liquidação da sentença; (v) o valor arbitrado a título de compensação do dano moral; (vi) a compensação dos valores pagos em sede de antecipação de tutela com os devidos em virtude da condenação; e (vii) o ônus da sucumbência relativo ao incidente de falsidade. (...) 5. O risco inerente ao medicamento impõe ao fabricante um dever de informar qualificado (art. 9º do CDC), cuja violação está prevista no § 1º, II, do art. 12 do CDC como hipótese de defeito do produto, que enseja a responsabilidade objetiva do fornecedor pelo evento danoso dele decorrente. 6. O ordenamento jurídico não exige que os medicamentos sejam fabricados com garantia de segurança absoluta, até porque se trata de uma atividade de risco permitido, mas exige que garantam a segurança legitimamente esperável, tolerando os riscos considerados normais e previsíveis em decorrência de sua natureza e fruição, desde que o consumidor receba as informações necessárias e adequadas a seu respeito (art. 8º do CDC). 7. O fato de o uso de um medicamento causar efeitos colaterais ou reações adversas, por si só, não configura defeito do produto se o usuário foi prévia e devidamente informado e advertido sobre tais riscos inerentes, de modo a poder decidir, de forma livre, refletida e consciente, sobre o tratamento que lhe é prescrito, além de ter a possibilidade de mitigar eventuais danos que venham a ocorrer em função dele. 8. O risco do desenvolvimento, entendido como aquele que não podia ser conhecido ou evitado no momento em que o medicamento foi colocado em circulação, constitui defeito existente desde o momento da concepção do produto, embora não perceptível a priori, caracterizando, pois, hipótese de fortuito interno. 9. Embora a bula seja o mais importante documento sanitário de veiculação de informações técnico-científicas e orientadoras sobre um medicamento, não pode o fabricante se aproveitar da tramitação administrativa do pedido de atualização junto a Anvisa para se eximir do dever de dar, prontamente, amplo conhecimento ao público - pacientes e profissionais da área de saúde -, por qualquer outro meio de comunicação, dos riscos inerentes ao uso do remédio que fez circular no mercado de consumo. 10. Hipótese em que o desconhecimento quanto à possibilidade de desenvolvimento do jogo patológico como reação adversa ao uso do medicamento SIFROL subtraiu da paciente a capacidade de relacionar, de imediato, o transtorno mental e comportamental de controle do impulso ao tratamento médico ao qual estava sendo submetida, sobretudo por se tratar de um efeito absolutamente anormal e imprevisível para a consumidora leiga e desinformada, especialmente para a consumidora portadora de doença de Parkinson, como na espécie. 11. De um lado, a culpa concorrente do consumidor não está elencada dentre as hipóteses que excluem a responsabilidade do fabricante, previstas no rol do § 3º do art. 12 do CDC; de outro lado, a responsabilidade por eventual superdosagem ou interação medicamentosa não pode recair sobre o paciente que ingere a dose prescrita por seu médico, considerando, sobretudo, a sua vulnerabilidade técnica enquanto consumidor. (...) 13. Para o arbitramento do dano moral, há de ser acrescentado o fato de que a vítima do evento danoso era pessoa portadora de doença de Parkinson, circunstância agravada pelo fato de contar, à época em que se afastou de seu escritório de advocacia, com mais de 50 anos de idade, fase da vida em que, sabidamente, é maior a dificuldade de retorno ao mercado de trabalho e de recuperação da clientela perdida. Ademais, afastada a culpa concorrente da vítima, circunstância que foi considerada em seu desfavor no momento da fixação do valor da condenação a título de compensação do dano moral, há de ser majorada a verba de R$ 20.000,00 (vinte mil reais) para R$ 30.000,00 (trinta mil reais). (...) 16. Recursos especiais de BOEHRINGER INGELHEIM DO BRASIL QUÍMICA E FARMACÊUTICA LTDA e MARIA AMÉLIA SOUZA DA ROCHA-ESPÓLIO conhecidos, sendo desprovido o primeiro e provido, em parte, o segundo. (REsp 1774372/RS, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 05/05/2020, DJe 18/05/2020)

vacina, a qual pode responsabilizar seja o Estado, sejam todos os integrantes da cadeia de fornecimento, cabendo-lhe apenas demonstrar o nexo de causalidade entre o uso do produto e o dano sofrido.

No direito pátrio, a reparação a que fará jus o lesado será ampla, abrangendo todos os danos materiais, sejam eles danos emergentes, como o tratamento médico necessário, sejam os lucros cessantes, como o valor da remuneração do trabalho para o qual se inabilitou a vítima, ou pensão para seus dependentes em caso de óbito, além de danos morais (Código Civil, art. 944).

4. LEI 14.125/2021: REGRA EXCEPCIONAL DE ASSUNÇÃO DE RISCOS POR ATOS NÃO IMPUTÁVEIS AO ESTADO.

Essas amplíssimas regras de responsabilidade civil ensejaram exigências por parte de desenvolvedores de vacina, no sentido de, não propriamente se eximirem de responsabilidade perante o consumidor – cláusula contratual que no sistema brasileiro seria nula em face da regra do art. 51 do CDC – mas de transferir a responsabilidade por quaisquer efeitos adversos, conhecidos ou desconhecidos, ao Estado brasileiro, como condição intransponível para o fornecimento do imunizante.

A propósito, o Ministério da Saúde publicou nota em 23.1.2021, qualificando como leoninas cláusulas exigidas pela Pfizer, as quais representavam barreira para a negociação e compra, citando como exemplo, dentre outras, as seguintes já divulgadas pela imprensa: renúncia pelo Brasil à soberania de seus ativos no exterior em benefício da Pfizer como garantia de pagamento, bem como a constituição de um fundo garantidor com valores depositados em uma conta no exterior; o afastamento da jurisdição e das leis brasileiras com a instituição de convenção de arbitragem sob a égide das leis de Nova York, e que seja assinado um termo de responsabilidade por eventuais efeitos colaterais da vacina, isentando a Pfizer de qualquer responsabilidade civil por efeitos colaterais graves decorrentes do uso da vacina, indefinidamente[21].

A fim de ensejar a assunção da responsabilidade pelo Estado brasileiro pelos eventuais riscos decorrentes do produto não apenas em benefício da vítima do possível efeito adverso, como já resulta do sistema jurídico nacional, mas inclusive em prol das empresas fabricantes de vacinas contra a Covid-19, foi editada a Lei 14.125/2021, cujo art. 1º estabelece que

[21] Leia-se a nota na íntegra em https://www.gov.br/saude/pt-br/assuntos/noticias/nota-1

"enquanto perdurar a Emergência em Saúde Pública de Importância Nacional (Espin), declarada em decorrência da infecção humana pelo novo coronavírus (SARS-CoV-2), ficam a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios autorizados a adquirir vacinas e a assumir os riscos referentes à responsabilidade civil, nos termos do instrumento de aquisição ou fornecimento de vacinas, em relação a eventos adversos pós-vacinação, desde que a Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa) tenha concedido o respectivo registro ou autorização temporária de uso emergencial."

Segundo a dicção do §2º do art. 1º da Lei 14.125/2021, a assunção dos riscos relativos à responsabilidade civil restringe-se às aquisições feitas pelo respectivo ente público (art. 1º, §2º), o que significa, no caso da União, que esse dever de garantia excepcionalíssimo ocorrerá apenas em relação aos imunizantes adquiridos por intermédio do Ministério da Saúde, havendo a assunção do risco pelos entes federados no tocante às vacinas por cada um deles adquiridas. [22]

Prevê, ainda, o §1º do mesmo artigo que "a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão constituir garantias ou contratar seguro privado, nacional ou internacional, em uma ou mais apólices, para a cobertura dos riscos de que trata do caput deste artigo".

A assunção de responsabilidade civil permitida pela Lei 14.125/2021 criou as condições jurídicas necessárias para que o Estado brasileiro pudesse validamente atender às exigências estabelecidas pela Pfizer e outros desenvolvedores de vacina, como a Janssen, para a aquisição das tão necessárias vacinas.

Não cuida a Lei 14.125/2021 propriamente de responsabilidade civil objetiva do Estado por ação ou omissão imputável a preposto seu, a qual já decorre do art. 37, §6º da CF.

Com natureza semelhante à de seguro social, a referida lei autoriza o Estado a assumir prejuízos decorrentes de atos ou omissões não imputáveis ao comportamento de seus prepostos, indenizando terceiros lesados, sem possibilidade de cláusula de exclusão de responsabilidade (caso fortuito, força maior, culpa de terceiro ou da própria vítima), em benefício da sociedade como um todo.

Em sentido semelhante é a Lei n. 10.744/2003, que permite à União, dentro dos limites nela estabelecidos, arcar com os prejuízos que venham a ser causados por atos terroristas, ocorridos no Brasil ou no exterior, contra aeronaves brasileiras.

---

[22] A propósito da responsabilidade civil da União por eventuais efeitos adversos de vacinas adquiridas por particulares diretamente das empresas fornecedoras, com base na permissão contida no art. 2º da Lei 14.125/2015, o artigo de Priscila Mara Casarolli, "A Responsabilidade do particular pela vacina contra a Covid 19", Conjur, 16.4.2021

Também a Lei 12.663/2012, conhecida como Lei Geral da Copa, autorizou a União a assumir os efeitos da responsabilidade civil "por todo e qualquer dano resultante ou que tenha surgido em função de qualquer incidente ou acidente de segurança relacionado aos Eventos, exceto se e na medida em que a FIFA ou a vítima houver concorrido para a ocorrência do dano".

No julgamento da ADIn 4976, o Supremo Tribunal Federal afirmou a constitucionalidade da regra, entendendo que não se tratava da responsabilidade objetiva do Estado estabelecida do art. 37, §6º da CF, mas de garantia de natureza securitária, em favor de vítimas de possíveis incidentes no decorrer dos eventos da Copa, obrigação de natureza sinalagmática assumida pelo Brasil durante as negociações para a escolha para sede do campeonato mundial[23]. No referido acórdão, observou-se que o dispositivo legal não instituía responsabilidade por risco integral, porque feita expressa exclusão das hipóteses de dano causado pela FIFA ou pela própria vítima.

Já nos termos da Lei 14.125/2021, ora comentada, a assunção dos riscos referentes à responsabilidade civil, em relação a eventos adversos pós-vacinação, se dará "nos termos do instrumento de aquisição ou fornecimento de vacinas". Ao contrário da regra da Lei 12.663/2012, não houve a ressalva, pela lei, de danos para os quais a própria fabricante concorreu, o que seria incompatível com o escopo da lei de assegurar o desenvolvedor contra os riscos inerentes à sua própria atividade econômica. Os limites dessa responsabilidade serão

[23]AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ARTS. 23, 37 A 47 E 53 DA LEI 12.663/2012 (LEI GERAL DA COPA). EVENTOS DA COPA DAS CONFEDERAÇÕES FIFA 2013 E DA COPA DO MUNDO FIFA 2014. ASSUNÇÃO PELA UNIÃO, COM SUB-ROGAÇÃO DE DIREITOS, DOS EFEITOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL PERANTE A FIFA POR DANOS EM INCIDENTES OU ACIDENTES DE SEGURANÇA. OFENSA AO ART. 37, § 6º, DA CF, PELA SUPOSTA ADOÇÃO DA TEORIA DO RISCO INTEGRAL. INOCORRÊNCIA. CONCESSÃO DE PRÊMIO EM DINHEIRO E DE AUXÍLIO ESPECIAL MENSAL AOS JOGADORES CAMPEÕES DAS COPAS DO MUNDO FIFA DE 1958, 1962 E 1970. ARTS. 5º, CAPUT, 19, III, E 195, § 5º, TODOS DA CF. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA IGUALDADE E AUSÊNCIA DE INDICAÇÃO DA FONTE DE CUSTEIO TOTAL. ALEGAÇÕES REJEITADAS. ISENÇÃO CONCEDIDA À FIFA E A SEUS REPRESENTANTES DE CUSTAS E DESPESAS PROCESSUAIS DEVIDAS AOS ÓRGÃOS DO PODER JUDICIÁRIO DA UNIÃO. ART. 150, II, DA CF. AFRONTA À ISONOMIA TRIBUTÁRIA. INEXISTÊNCIA. AÇÃO JULGADA IMPROCEDENTE. I – A disposição contida no art. 37, § 6º, da Constituição Federal não esgota a matéria relacionada à responsabilidade civil imputável à Administração, pois, em situações especiais de grave risco para a população ou de relevante interesse público, pode o Estado ampliar a respectiva responsabilidade, por danos decorrentes de sua ação ou omissão, para além das balizas do supramencionado dispositivo constitucional, inclusive por lei ordinária, dividindo os ônus decorrentes dessa extensão com toda a sociedade. II – Validade do oferecimento pela União, mediante autorização legal, de garantia adicional, de natureza tipicamente securitária, em favor de vítimas de danos incertos decorrentes dos eventos patrocinados pela FIFA, excluídos os prejuízos para os quais a própria entidade organizadora ou mesmo as vítimas tiverem concorrido. Compromisso livre e soberanamente contraído pelo Brasil à época de sua candidatura para sediar a Copa do Mundo FIFA 2014. (...) VI – Ação direta de inconstitucionalidade julgada improcedente. (ADI 4976, Relator RICARDO LEWANDOWSKI, Tribunal Pleno, julgado em 07/05/2014, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-213 DIVULG 29-10-2014 PUBLIC 30-10-2014 RTJ VOL-00232-01 PP-00176)

ditados pelos termos do próprio contrato, negociados entre o governo brasileiro e as empresas fabricantes, os quais são sigilosos.

A amplíssima assunção de responsabilidade permitida pela Lei14.125/2021, em sua literalidade, parece compreender risco integral, na medida em que não exclui sequer atos culposos ou dolosos praticados pelo fornecedor.

Respondendo a consulta formulada pelo ministro da Saúde, o Tribunal de Contas da União entendeu jurídica a realocação dos riscos da responsabilidade civil por danos decorrentes de eventuais efeitos adversos da vacinação, a fim de evitar que a incerteza em relação a sua dimensão inviabilizasse a contratação.

Acentuou o Ministro Benjamin Zymler que "essa realocação da matriz de riscos decorre, como visto, da excepcionalidade da situação concreta que se busca remediar, na qual o Estado não tem como usar suas potestades por estar, contingencialmente, em situação de inferioridade factual perante os detentores da tecnologia, *in casu*, os fabricantes de vacinas."[24]

Assim, tendo em vista a situação de emergência vivida em decorrência da pandemia, e "considerando os riscos ainda desconhecidos e o grande desequilíbrio entre a situação de oferta e demanda", entendeu o TCU que "não há óbice jurídico a que a União pactue, nos contratos firmados em razão das Leis 14.121/2021 e 14.124/2021, a limitação ou exoneração da empresa fornecedora quanto ao dever de indenizar os cidadãos em razão de danos causados pelas vacinas, de modo que a obrigação pelo pagamento seja assumida, total ou parcialmente, pelo Poder Público, ressalvados os casos de dolo ou culpa grave do fornecedor e situações de ofensa à ordem pública.

Acentuou o TCU que isso será possível "se a cláusula estiver sendo adotada nos negócios firmados com os diversos países e constituir condição indispensável para a aquisição das vacinas", ressalva essa, na prática, de difícil controle, tendo em vista o caráter de confidencialidade dos contratos entre governos e fornecedores de vacinas[25].

Dessa forma, embora não constante a ressalva da Lei 14.125/2021, o Tribunal afirmou como limite a essa autonomia contratual a impossibilidade de assunção de riscos decorrentes de dolo ou culpa grave do fornecedor, sugerindo também a conveniência de que as cláusulas de alocação dos riscos dos contratos de aquisição de vacinas, assim como o seu inteiro teor, fossem precedidas de parecer jurídico da AGU.

---

[24] Acórdão do Plenário do TCU no TC 006.851/2021, em 17.3.2021, relator Ministro Benjamin Zymler

[25] A propósito do caráter de confidencialidade e das diferentes exigências feitas pela Pfizer em contratos com diversos governos, confira-se "Pfizer's Power", texto de Zain Rizvi, em Public Citizen, 19.10.2021, https://www.citizen.org/article/pfizers-power/

O acórdão do TCU, interpretando a Lei 14.125/2021, conferiu a segurança jurídica necessária para a aquisição dos imunizantes, com o atendimento às exigências feitas por empresas fornecedoras, como a Pfizer e a Janssen.

À celebração dos contratos, seguiu-se a edição de portarias, como a GM/MS 1.142/2021, instituindo a Comissão de Avaliação de Responsabilidade Civil por Eventos Adversos Graves Pós-Vacinação Covid-19, à qual deve se dirigir, na via administrativa, a pessoa interessada em solicitar indenização decorrente de efeitos adversos pós-vacinação, estabelecendo também, em seu art. 16, que, em caso de condenação judicial, a empresa fornecedora deve comunicar o fato ao Ministério da Saúde para fins de ressarcimento.

CONCLUSÃO

Do exame comparativo do ordenamento jurídico nacional e estrangeiro, conclui-se que o Brasil possui o mais abrangente sistema de responsabilidade civil em prol do indivíduo sujeito à soberania estatal, e também do consumidor em face do fornecedor.

A defesa do consumidor é princípio constitucional regente da ordem econômica (CF, art. 170, inciso V); eventual cláusula contratual isentando os integrantes da cadeia de fornecimento de suas responsabilidades ou a transferindo para a União seria nula (CDC, art. 51). A formalidade exigida em diversos países europeus, assim como nos Estados Unidos, de assinatura de termo de consentimento informado previamente à vacinação, no período em que era realizada com base em autorização emergencial (fase anterior ao registro definitivo do fármaco), não acarretaria isenção de responsabilidade civil.

No direito brasileiro, a reparação decorrente de eventual e imprevisível efeito adverso pós-vacinação é compreensiva de toda a espécie de danos materiais e morais.

Esse amplo sistema de proteção social acarreta como consequência o incremento do risco de responsabilidade civil do fornecedor, o que implica inevitável aumento do custo do produto, a ser repassado ao adquirente. Em contexto de emergência sanitária e escassez do produto, tal situação poderia inviabilizar o veloz desenvolvimento e a negociação dos imunizantes.

A necessidade premente de desenvolver rapidamente vacinas capazes de estancar a pandemia fez com que governos nacionais concedessem abrangente isenção de responsabilidade aos fornecedores pelos riscos de desenvolvimento do produto. Isso ocorreu em todo o mundo.

De modo geral, pode-se afirmar que as empresas desenvolvedoras e fabricantes de imunizantes contra a Covid-19 não respondem, em país algum, pelos riscos decorrentes de efeitos adversos pós-vacinação. Caso assim não fosse, a elas não interessaria assumir risco de proporções ignoradas e imponderáveis, para, em rapidez sem precedentes, desenvolver imunizante com base em tecnologia inovadora, como a do RNAm.

A diferença da situação brasileira, que ensejou a exigência, pelas empresas fornecedoras, de cláusulas reputadas abusivas pelo Ministério da Saúde - como a renúncia à soberania de ativos no exterior; a constituição de fundo garantidor com valores depositados em conta no exterior; o afastamento da jurisdição e das leis brasileiras, com a instituição de convenção de arbitragem sob a égide de leis estrangeira, e a completa assunção de responsabilidade pelo Estado por quaisquer danos decorrentes da vacinação – cláusulas essas, em grande parte, finalmente autorizadas por lei de caráter excepcional (Lei 14.125/2021), decorre do maior risco representado pelo sistema de responsabilidade civil vigente no Brasil.

Nesse contexto, a Lei 14.125/2021, em caráter excepcional, autorizou o Estado brasileiro a arcar, não apenas perante o indivíduo lesado, o que já decorreria do direito vigente, mas também em benefício das empresas fornecedoras, caso venham a ser condenadas em demandas judiciais, com os prejuízos causados por efeitos adversos pós-vacinação.

Somente a vontade soberana do Estado, por meio dos Poderes Executivo e Legislativo, poderia levar a bom termo, como acabou por acontecer, as tratativas imprescindíveis para aquisição dos imunizantes, atendendo aos anseios de toda a população, em momento tão grave da conjuntura nacional.

REFERÊNCIAS

BEZERRA DE MENEZES, Joyceane, “Covid-19, EAPV e a responsabilidade civil da União” Migalhas 27.5.2021.

BEZERRA DE MENEZES, Joyceane, “Responsabilidade Civil da União pelos danos causados pela vacina contra a Inflenza A – Síndrome de Guillain-Barré” (SGB), Pensar – Revista de Ciências Jurídicas, ahead of print, 2020.

BORGHETTI, Jean-Sébastien e Fairgrieve, Duncan e Goldberg, Richard e Howells, Geraint e Machnikowski, Piotr e Pilgerstorfer, Marcus e Rajneri, Eleonora e Rott, Peter e Santos Silva, Marta e Ulfbeck, Vibe (2021); “Procurement of Covid-19 vaccines: why were legal liabilities transferred to the public sector?” InDret 2021 (2), pp 364-366.

CASAROLLI, Priscila Mara, “A Responsabilidade do particular pela vacina contra a Covid 19”, Conjur, 16.4.2021.

ESMANHOTTO DA SILVA, Vitor, “A Responsabilidade Civil do Estado e dos fornecedores pelos riscos da aplicação da vacina contra a Covid-19”. Monografia apresentada ao Curso de Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis 2021.

HALABI, Sam, HEINRICH, Andrew and OMER, Saad B., “No-Fault Compensation for Vaccine Injury – The Other Side of Equitable Acess to Covid -19 Vaccines”; The New England Journal of Medice, december 3, 2020.

RIZVI, Zain, “Pfizer’s Power”, em Public Citizen, publicado em 19.10.2021, https://www.citizen.org/article/pfizers-power/.

SIGALOS, MacKenzie, “You can’t sue Pfizer or Moderna if you have severe Covid vaccine side effects. The government likely won’t compensate you for damages either”. In: https://www.cnbc.com/2020/12/16/covid-vaccine-side-effects-compensation-lawsuit.html.

WATTS K, POPA T. “Injecting fairness into Covid-19 vaccine injury compensation: no-fault solutions”. J Eur Tort Law. 2021;12(1):1–39.

AUTORRESTRIÇÃO DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO

SELF-RESTRAINT OF FREEDOM OF EXPRESSION

Felipe Bizinoto Soares de Pádua[1]

Resumo: uma das fundações democráticas é a liberdade de expressão, pois é uma forma de realizar o direito de informação. Concebida como uma liberdade pública, há discussões sobre a possibilidade de lhe impor limites jurídicos. Estes servem de ponto de partida para o que este artigo intenta, que é tratar da (im)possibilidade jurídica do titular da liberdade de expressão restringi-la, a autorrestrição através da autonomia privada.

Palavras-chave: delineamentos jurídicos; restrições e limitações jurídicas; autonomia privada.

Abstract: one of the democratic foundations is the freedom of expression., because its a form to realize the right of information. Conceived as a public liberty, there are discussions about the possibility of imposing juridical limits on it. These serve as a starting point to what these article intents, which is treat of the juridical (im)possibility of the holder of freedom of expression restraint it, the self-restraint throught private autonomy.

Keywords: juridical outlines; juridical restrictions and limitations; private autonomy.

Sumário: introdução. 1. As linhas do ordenamento jurídico: restrições e limitações. 2. Seria possível uma autorrestrição à liberdade de expressão?. Conclusão.

INTRODUÇÃO

[1]Mestrando em Direito, Justiça e Desenvolvimento pelo Instituto de Direito Público de São Paulo (IDPSP) (2021-). Pós-graduado em Direito Constitucional e Processo Constitucional, em Direito Registral e Notarial, em Direito Ambiental, Processo Ambiental e Sustentabilidade, tudo pelo Instituto de Direito Público de São Paulo/Escola de Direito do Brasil (IDPSP/EDB) (2018-2019). Graduado em Direito pela Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo (FDSBC) (2013-2017). É monitor voluntário nas disciplinas Direito Constitucional I e Prática Constitucional, ministradas pela Profª. Dra. Denise Auad, na Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo (2018-). É monitor voluntário do grupo de estudos Cidadania Plena da Criança e do Adolescente – Estudos sobre a Violência, da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo (2020-). É membro do grupo de pesquisa Hermenêutica e Justiça Constitucional: STF, da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUCSP) (2018-), e membro do grupo de pesquisa Direito Privado no Século XXI, do Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP) (2020-). Foi auxiliar de coordenação no Núcleo de Estudos Permanentes em Arbitragem (NEPA), da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo (2018). Foi articulista da edição eletrônica do Jornal Estado de Direito (2020-2021). Advogado e consultor jurídico. Lattes: http://lattes.cnpq.br/4671403724849984. E-mail: bizinoto.felipe@hotmail.com.

No filme *Getúlio*, que retrata os últimos dias da presidência de Getúlio Vargas, destacam-se duas ideias levadas à tela, ambas a partir da figura varguista e seus antecedentes históricos políticos, em especial o Estado Novo. A primeira envolve a dualidade representada pela mídia jornalística sobre a figura do então Presidente brasileiro, que era retratado ora como a escolha do povo e ora como o seu ditador. A segunda ideia decorre das frases da personagem principal, particularmente a partir da tentativa de assassinato de Carlos Lacerda, que vinculou diversos membros da guarda pessoal presidencial, e diz respeito às constantes afirmações de que houve eleição democrática.

Principalmente no Ocidente, os Estados discursam interna e externamente que são democracias, estabelecendo no bojo dos seus textos constitucionais o chamado Estado Democrático de Direito (art. 1º da Constituição brasileira de 1988, art. 1 da Constituição espanhola de 1978, art. 2º da Constituição portuguesa de 1974, art. 2º da Constituição angolana de 2010, art. 1 da Constituição porto-riquenha de 1949, art. 20, 1 da Constituição alemã de 1949, art. 1, a da Constituição sul-africana de 1996).

Como ponto de partida, o Estado Democrático é um fenômeno político dotado de múltiplos contrastes, cabendo à teoria a sistematização desses contrastes, sendo que à teoria geral importa desenvolver uma escala de maior abstração para o desenvolvimento de denominadores comuns. A intenção de uma teoria da democracia tem suas linhas na obra de Robert Dahl (2001, p. 49 e ss.), que fixa critérios atendidos em maior ou menor intensidade pelas democracias, que são (i) participação efetiva na composição das decisões estatais; (ii) igualdade de participação, que se reveste com especial destaque no voto; (iii) o entendimento esclarecido, que compreende o aprendizado adequado sobre os temas sobre os quais decidir; (iv) o controle do que será decidido, que é a intercambialidade de membros do corpo deliberativo e dos assuntos pautados para decisão; e (v) a inclusão de adultos, aqueles que são presumidamente aptos a decidirem por um número maior de sujeitos.

Dentro dos critérios acima que se extrai um deles, que é o entendimento esclarecido, o qual envolve, em síntese, o chamado direito de informação, cujo núcleo é decomposto em três aspectos ou feições (PÁDUA, 2021, p. 78): (i) o direito de informar, que consiste em levar a informação aos outros; (ii) o direito de se informar, que consiste em não ser obstaculizado na busca por informação; e (iii) o direito de ser informado, que consiste em ser informado. Dentro desse arcabouço entre visões informacionais ativa e passiva que se depreende um direito, mais tecnicamente, uma posição jurídica subjetiva, que a chamada liberdade de expressão. Tal direito

está vazado na Constituição do Brasil (CRFB/1988) em diversos dispositivo, p. ex., incisos IV e IX do art. 5º, arts. 220 a 224.

Dois enfrentamentos são necessários para localizar a liberdade de expressão. O primeiro envolve um degrau de abstração superior, enquanto o segundo envolve um degrau de abstração inferior à posição tratada. A primeira diz respeito à locução liberdade de expressão envolve um uma palavra qualificada (= liberdade) e outra qualificante (= de expressão). Disso se extrai a ideia de guarda-chuva jurídico de José Afonso da Silva (2013, p. 232-238), que enxerga o direito subjetivo em comento sob a óptica mais ampla do direito de liberdade. Este compreende o poder de atuação humana voltado para a autorrealização individual (SILVA, 2013, p. 235). Tal quadro parte do ponto de que o ser humano vive em sociedade, essa realização ocorre de forma coletivizada também, sendo o direito de informação – e, portanto, a própria liberdade de expressão – uma das formas de autorrealização.

Em relação à segunda análise, esta é exemplificada, eis que existem diversas formas de expressar algo. Consoante art. 220 da CRFB/1988, expressa-se a liberdade pelos veículos midiáticos: o peso da imprensa é gigantesco no ambiente democrático. Como um dos critérios dahlianos é o esclarecimento, o qual tem como uma das principais formas de concretização a imprensa. Já no séc. XIX já destacava Arcesilão (1866, p. 46) que uma democracia tem veículos comunicacionais sociais livres, aptos a realizarem a transmissão de informações aos cidadãos, que decidirão sob influência do que informado.

Aqui se chega à seguinte dúvida: afinal, o que é o direito de liberdade de expressão? Trata-se de uma posição jurídica subjetiva fundamental que tutela a possibilidade do seu titular exprimir por qualquer meio o que pensa[2] em relação à ciência, à religião, à cultura ou o que for (SILVA, 2013, p. 243; ARAÚJO; NUNES JÚNIOR, 2018, p. 219). Tratado como direito à livre manifestação do pensamento, Célio Silva Costa (1992, p. 149) leciona que tal posição jurídica compreende a primeira manifestação da vida humana em sociedade, eis que vida sem pensamento é vida não-humana.

Tendo como base a definição de liberdade de expressão (ou direito de externar o pensamento) que Natália Ramos Nabuco de Araújo (2018, p. 15-25) dedica capítulo específico ao desenvolvimento histórico, reconhecendo a ideia de liberdade de expor o pensamento desde tempos gregos, mas cujo advento da forma que atualmente compreendido decorreu da conquista da chamada primeira geração ou dimensão de posições jurídicas fundamentais, as liberdades

[2] A acepção de pensamento é em sentido largo: ideias, informações, críticas, opiniões etc., cf. exposto por Paulo Gustavo Gonet Branco (MENDES; BRANCO, 2017, p. 234) e Ingo Wolfgang Sarlet (2018, p. 42 e p. 413).

públicas. Abordando os contextos históricos, políticos e jurídicos dos EUA e da Alemanha, a autora destacou dois modelos que lidam com a livre manifestação do pensamento (ARAÚJO, 2018, p. 59-67): o estadunidense considera como direito prioritário, que prevalece inclusive nos discursos de ódio, sendo que o prevalecimento de outra posição ocorre em casos extremos; já o modelo alemão tem até na Lei Fundamental de Bonn certos delineamentos que fazem com que a livre expressão do pensamento não prevaleça.

No Brasil, uma democracia recente, a liberdade de expressão não escapa como uma posição jusfundamental e, também, como centro gerador de diversos conflitos e debates nos diversos setores sociais. Apesar de vinculado ao tema da imprensa, julgado importante do Supremo Tribunal Federal (STF) foi apreciado por meio da arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF) 130, que tratou da compatibilidade de lei pré-constitucional, a Lei de Imprensa (lei n. 5.250/1967), com os preceitos constitucionais de 1988. Nos votos dos Ministros ficou evidente o papel da imprensa como proliferadora e moldadora de pensamentos, o que remete diretamente à livre exteriorização do pensamento.

Como destacou o Ministro Gilmar (Ferreira) Mendes no julgado acima, há diversos preceitos fundamentais que mostram desdobramentos da livre expressão:

> incisos IV (liberdade de manifestação do pensamento), V (direito de resposta), IX (liberdade de expressão intelectual, artística, científica e de comunicação), XIII (liberdade de exercício profissional) e XIV (direito de acesso à informação e sigilo da fonte) do art. 5º, e os arts. 220 a 223 (comunicação social) da Constituição Federal (BRASIL, 2009).

Aqui cabe destacar que o modelo constitucional brasileiro tem certos contornos constitucionalmente estabelecidos: no art. 220 da Carta Constitucional de 1988 consta que ‘’Nenhuma lei conterá dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV’’. E é tratando desse contexto contornado que se chega ao que na ADPF 130 falou-se como limites à liberdade de expressão. Trata-se do que Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco (2017, p. 185) denominam de reserva legal qualificada, porquanto a Constituição confere ao legislador infraconstitucional em determinar contornos à livre expressão estatuindo ou os fins perseguidos ou os meios utilizados.

A indagação que surge sob a óptica do caput do art. 220 da Constituição brasileira de 1988, que enuncia que ‘’A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto

nesta Constituição''. A pergunta que este artigo buscará responder é a seguinte: pode a liberdade de expressão subjetivizada (= titularizada por um indivíduo) ser autorrestringida *in concreto*?

São duas etapas para o desbravamento da resposta à indagação acima. A primeira envolve a incumbência do estudioso do Direito em identificar e precisar as categorias com as quais trabalha. Aqui serão precisadas as definições de F. C. Pontes de Miranda (1972, p. 80-84) acerca do que o autor alagoano denomina limites do Direito e do exercício. Tratar-se-á das limitações e das restrições às posições jurídicas. A segunda etapa será a final e diz respeito à compreensão da autorrestrição, que é restrição sob a óptica ponteana, perquirindo sobre a possibilidade do titular do direito de livre externar seu pensamento diante do enunciado do art. 220 CRFB/1988.

1. AS LINHAS DO ORDENAMENTO JURÍDICO: RESTRIÇÕES E LIMITAÇÕES.

Falar em limites estabelecidos pelo Direito remete à concepção e à funcionalidade jurídica. Duas perspectivas permitem uma análise total (da estrutura e da função): serão chamadas externa, porque trata da interação jurídica com outros fenômenos sociais, e interna, porquanto desdobra o fenômeno jurídico a partir das suas classes centrais.

A perspectiva externa baseia-se na teoria tridimensional de Miguel Real (2001, p. 60-63), para quem o Direito estabelece preceitos que permitem, proíbem ou compelem e que são fundados em determinados recortes fácticos sobre os quais recaem juízos de valores. Determinados fatos sociais tornam-se relevantes para o Direito e, por isso, passam previamente por juízos da filosofia com os quais deve haver correlação por parte do desiderato jurídico.

A perspectiva interna funda-se na somatória de duas visões. A primeira é de F. C. Pontes de Miranda (2012, p. 59 e ss.), que desenvolve nas abstrações juscientíficas recortes epistêmicos úteis à Teoria Geral do Direito, concluindo o jurista alagoano pela centralidade de três figuras que refletem a acepção e a funcionalidade jurídica: o fato jurídico, a relação jurídica e a norma jurídica (aqui enxergada sob a óptica do que é a espécie normativa regra jurídica). A norma serve como ponto de partida, eis que ela remete à ideia de estrutura jurídica, o ordenamento, bem como nela constam determinados dados do mundo dos fatos (= fatos sociais tornados fatos jurídicos) que sejam afetos a determinadas relações intersubjetivas (= que se tornam relações jurídicas).

A segunda visão é interna eclética e é contributo de Giuseppe Lumia (1981, p. 35-38), que se alinha aos recortes de F. C. Pontes de Miranda, eis que concebe o Direito como norma, ordenamento e relação (= fatos sociais): sob essa premissa integrativa, Direito é a ordenação de normas voltadas a disciplinar determinadas relações intersubjetivas.

Considerando que o Direito é algo distinto dentro do (mas vinculado ao) ambiente social (= perspectiva externa) e que trata de estabelecer enunciados de Dever-Ser direcionados ao Ser que se chega aos limites jurídicos, que são dois: restrições e limitações. Segundo F. C. Pontes de Miranda (1972, p. 80), as limitações são os contornos estabelecidos pelo próprio sistema jurídico, particularmente pelo ordenamento legal, enquanto as restrições são os contornos estabelecidos pelos atos jurídicos.

Apesar do resultado da ADPF 130, que aderiu à visão da relatoria do Ministro Carlos Britto, e que tratou da impossibilidade de uma limitação apriorística à liberdade (de expressão) de imprensa, importante destacar a adesão ao posicionamento do Ministro Gilmar Mendes, que trata da reserva legal qualificada constante no art. 220, § da Constituição do Brasil. É dizer: o próprio texto constitucional não torna a liberdade de expressão posição jurídica fundamental absoluta e impassível de contornos, eis que a própria Constituição determina limitações de que devem ser observadas as premissas constantes na própria Carta Magna e, também, posições também jusfundamentais enunciadas no art. 5º.

A dúvida que surge é se é possível um ato contornar a liberdade de expressão. Melhor indagando, pode um ato jurídico, especialmente um negócio jurídico, restringir a liberdade de expressão? Tal questão será objeto de item próprio, que segue.

2. SERIA POSSÍVEL UMA AUTORRESTRIÇÃO À LIBERDADE DE EXPRESSÃO?

Em um mundo onde a *internet* representa não apenas a potencialização de certas estruturas, mas também a marca disruptiva do séc. XXI em relação às manifestações revolucionárias antecedentes. Seu alcance é amplo: supera as muralhas virtuais da China, incute um modo de pensar que resulta na Primavera Árabe, torna-se decisiva em resultados eleitorais majoritários nos EUA e no Brasil. A partir desse quadro que se chega a um exemplo de duas carreiras em ascensão no mundo virtual: *influencers* e *tiktokers*, cuja expressão do que pensa afetam inúmeros destinatários. Tendo em vista que tais carreiras valem-se do que expressam na

internet, poderiam elas estabelecer certas premissas voltadas à restrição de certos pensamentos externados?

Na leitura do texto constitucional, o *caput* do art. 220 estabelece que ‘’manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo *não sofrerão qualquer restrição*, observado o disposto nesta Constituição’’ (destaque feito). Apesar de estar em título voltado à comunicação social (imprensa), o raciocínio generalizante ou extensivo é possível. Soma-se a isso uma característica das posições jurídicas fundamentais: a inalienabilidade, que consiste na inviabilidade do titular dispor jurídica (renúncia, doação, venda etc.) ou facticamente do bem jurídico objeto da tutela da posição jusfundamental (MENDES; BRANCO, 2017, p. 135; SARLET, 2018, p. 37 e ss.).

Não obstante as duas fundamentações acima, quatro motivos são no sentido de que é possível ao *tiktoker* e ao *influencer* – na verdade, a todos aqueles que titularizam a liberdade de expressão – a restrição na modalidade autorrestrição.

O primeiro motivo envolve a própria decisão proferida na ADPF 130. Como tratado, o voto do Ministro Gilmar Mendes se refere expressamente à chamada reserva legal qualifica, entendendo o julgador que o legislador infraconstitucional tem tanto a outorga constitucional quanto os fins e bases para criar uma lei de imprensa que, inevitavelmente, determina contornos à liberdade de imprensa e, portanto, à própria liberdade de expressão. O julgador partiu da leitura do § 1º do art. 220 da CRFB/1988 e desenvolveu a reserva legal qualificada, o que mostra que o entendimento do vocábulo restrição foi entendido mais como possível contorno a ser feito pelo sistema legal.

Noutro julgado, o STF (BRASIL, 2021) (recurso extraordinário 1.026.923/SP) apreciou a compatibilidade das leis 13.644/2018 e 4.117/1962, especificamente sobre a possibilidade e de veiculação de programas oficiais das funções estatais, com o quadro estatuído tanto pelo texto constitucional quanto pela decisão proferida na ADPF 130. No voto do Ministro Alexandre de Moraes, que foi seguido pela maioria, destacou-se que os textos legais são compatíveis com os enunciados da Constituição brasileira de 1988, constando expressamente referência ao § 1º do art. 220, que fundamentou a conclusão da compatibilidade.

Em suma, as decisões acima refletem um entendimento de que o vocábulo restrição constante no caput do art. 220 CRFB é mais entendido como limitação por meio do ordenamento legal do que através de um ato jurídico.

O segundo motivo envolve a leitura do art. 220 em conformidade com o seu § 1º, tendo em vista o que consta no art. 11, III, c da lei complementar 95/1998, que enuncia que os

diplomas legais deverão ‘’expressar por meio dos parágrafos os aspectos complementares à norma enunciada no caput do artigo e as exceções à regra por este estabelecida’’. Deve-se levar em consideração a visão de Antonio Junqueira de Azevedo (in AZEVEDO, 2009, p. 10) de que a Constituição é a Lei Maior, mas ainda é uma emanação legal, sujeitando-se às vicissitudes históricas que causam espaços lacunosos. É com vista de que a Constituição não trata de tudo e de que não é um vocabulário que surge o legislador infraconstitucional, que conforma os enunciados constitucionais. É sobre essa relação de conformação que se deve aplicar os traços definidores do art. 11, III, c da lc 95/1998 ao art. 220, § 1º do texto constitucional[3].

Se o parágrafo do texto legal institui uma explicação ou uma exceção sobre o que consta no *caput*, e o § 1º do art. 220 da Carta Magna enuncia que deve ser observado (= respeitado) o teor dos incisos IV, V, X, XIII e XIV do art. 5º, então se extrai a própria exceção a que o Ministro Gilmar Mendes, na ADPF 130, fez referência, isto é, a possibilidade de contornar a liberdade de expressão (não apenas de imprensa) por meio de atos infraconstitucionais, sobretudo por meio de Lei *lato sensu* (art. 59 CRFB).

Ocorre que até o momento houve enfrentamento para justificar a intervenção estatal nas relações jurídicas, um ato do Executivo, do Legislativo ou do Judiciário a um liame intersubjetivo do qual não são parte: o caso das carreiras de *influencers* e *tiktokers* envolve contratos entre entes privados, entre a pessoa física (ou até jurídica) do agente virtual com um empresário, p. ex. Em relação às funções, ou ‘’Poderes, estatais, existem previsões diretas sobre a vinculação às posições jurídicas fundamentais – como acontece com o art. 1, 1 da Lei Fundamental de Bonn -, enquanto aos particulares não consta expressamente nem a vinculação em si nem a forma como ela ocorre (indiretamente, através do Estado-Legislador, ou diretamente, com aplicação pelo Estado-Juiz sem um canal legislativo). É sobre a segunda espécie que surgem mais dúvidas, remetendo à chamada teoria da eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares.

De forma a atender o problema acima que o terceiro motivo surge e trata da teoria da eficácia horizontal das posições jurídicas fundamentais, mais conhecida como eficácia horizontal dos direitos fundamentais. Embora trate de forma diferenciada a problemática teórica, Claus-Wilhelm Cannaris (2016, p. 19-21), sua colocação é de que a Constituição pode ser vaga o suficiente para não direcionar seu enunciado ao Estado, mas também ao particular, ou, como o jurista alemão explica, pode ser que haja determinação que vincule tão somente o

[3] Seria uma interpretação da Constituição conforme a lei.

Poder Público, mas que reflita nas relações privadas por meio de imperativos de tutela atendidos pelas funções estatais, destacadamente pelo legislador ordinário (CANARIS, 2016, p. 101 e ss.).

Lê-se no § 1º do art. 220 CRFB que ‘’Nenhuma lei conterá dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV’’. Em conformidade com a citada leitura extensiva (= entenda-se como liberdade de expressão onde constar liberdade de imprensa), ao determinar que nenhuma Lei (*lato sensu*) não poderá instituir limitações à liberdade de expressão, o texto da Constituição direciona seu discurso evidentemente às instâncias legiferantes. É sob essa óptica que se aplica a teoria de Claus-Wilhelm Canaris (2016, p. 101 e ss.) no sentido de que o Direito Ordinário pode, com base no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV, viabilizar a restrição à liberdade de expressão.

E se não houver outorga legal expressa à restrição à livre expressão do pensamento? Deve-se recorrer não ao ordenamento legal, mas a uma acepção mais larga de Direito, qual seja, a de ordenamento jurídico, que é composto por três círculos concêntricos: em razão da familiaridade romano-germânica, a primeira circunferência é o ordenamento legal, a Lei *lato sensu*, cujas lacunas são preenchidas pelos mecanismos legais e, também, pela segunda circunferência, que é o ordenamento jurídico, aqui entendido como regras e princípios legais ou não, e como último círculo há o ordenamento jurídico total, que envolve a sua ambientação social, o que leva ao preenchimento por outras áreas do saber dos vácuos jurídicos deixados pelas demais circunferências, p. ex., a Análise Econômica do Direito, a Sociologia do Direito, a Antropologia do Direito, a Filosofia do Direito (SIMÕES, in CUNHA FILHO; ISSA; SCHWIND, 2019, p. 203-204).

No sistema legal brasileiro não há uma lei geral que permita a restrição à liberdade de expressão, mas há indícios sistêmicos: nas concessões telecomunicacionais há exigências que o Conselho Nacional de Telecomunicações deve adotar em relação às concessões, cf. art. 29, d do Código de Telecomunicações; há vagueza na lei n. 13.188/2015 (Lei do Direito de Resposta) que viabiliza ao agente virtual que divulgará a resposta ou retificação estabelecer certos padrões a serem atendidos para que a livre expressão se concretize; o art. 1º da lei n. 2.083/1953 (Lei de Liberdade de Imprensa) trata da vedação de circulação de periódicos jornalísticos anônimos ou que atentem contra a moral e os bons costumes, o que pode ser detalhado e restringido por contrato entre o veículo midiático e seus diretores, editores, redatores.

Da leitura dos diplomas citados que se extrai que o sistema legal brasileiro permite nas relações entre particulares que os polos envolvidos exerçam a autorrestrição mediante ato jurídico. Trata-se de leitura sistemática que deixa a uma outra posição jurídica fundamental atrelada à liberdade, a autonomia privada - sobretudo a autonomia negocial -, o espaço para livre conformação da restrição à expressão de pensamento.

O último motivo envolve categorias tratadas pela Teoria Geral do Direito. A partida é a noção de esfera jurídica, que encontra precisão terminológica nas lições de Marcos Bernardes de Mello (2019, p. 96) e Manuel A. Domingues de Andrade (1987, p. 210), e consiste no conjunto de posições jurídicas subjetivas elementares e complexas, ativas e passivas, patrimoniais e extrapatrimoniais que gravitam em torno de quem as titulariza. A esfera estrutura-se em dois grandes setores não fechados em si – cuja linha divisória é mais pontilhada do que contínua -, sendo tais setores o patrimonial (posições jurídicas dotadas de imediata valoração econômica e consequente expressão pecuniária) e o extrapatrimonial ou não-patrimonial (posições jurídicas sem estimação econômica) (MELLO, 2019, p. 96-97; ANDRADE, 1987, p. 210).

Tendo em vista o dinamismo social que os setores patrimonial e não-patrimonial não constituem fronteiras de linha contínua, e sim pontilhadas, eis que as posições jurídicas de cada setor são intercambiáveis não em sua essência, mas em algum dos seus aspectos. Veja-se, p. ex., a extrapatrimonialidade do tempo, mas sua flexão ao trabalho e atividades econômicas da vida em sociedade, assim como o clássico caso da imagem, que pode ser utilizada para fins comerciais. Soma-se à autonomia privada a possibilidade do titular do direito à livre expressão restringi-lo em ato jurídico, p. ex., em um contrato de patrocínio empresarial a *tiktoker*, desde que não se valha das mídias para comentários políticos ou ideológicos. *Prima facie*, o ato contratual do exemplo é reputado válido se não demonstrada a vulneração do chamado núcleo essencial da posição jusfundamental.

CONCLUSÃO

A liberdade de expressão é algo inerente à humanidade e o revestimento jurídico que ostenta contemporaneamente adveio de inúmeros debates, estudos e, também, conflitos. Essa conquista é uma das pilastras fundantes da estrutura e do discurso democráticos, sendo-lhe dada uma posição constitucional de maior contraste em relação aos demais interesses jurídicos fundamentais. Todavia, não é o contraste do absoluto ou da máxima hierarquia, eis que os

ordenamentos jurídicos, principalmente os baseados no modelo alemão, desenvolvem nos seus textos constitucionais limites jurídicos à livre expressão do pensamento (num sentido largo).

Por ser liberdade, a livre expressão está inclusa em uma classificação maior, o direito de liberdade, o qual, por sua vez, compreende o poder de atuação humana voltado para a autorrealização individual. Uma das formas que essa autorrealização é concretizada ocorre, justamente, pela e na expressão do pensamento.

Define-se a liberdade de expressão como a posição jurídica subjetiva fundamental que tutela a possibilidade do seu titular exprimir por qualquer meio o que pensa em relação à ciência, à religião, à cultura ou o que for. A partir de tal posição jurídica que surge o direito de informação, que remete ao entendimento esclarecido para tomada de decisões no âmbito democrático.

Sob a óptica da Constituição do Brasil de 1988 houve o debate sobre limites à liberdade de imprensa, a modalidade por excelência de livre expressão, sendo que o resultado constante na ADPF 130 merece algumas considerações diante do fato de que o próprio texto constitucional, em seu art. 220, § 1º, prevê a reserva legal qualificada, entendendo-se que tal previsão aplica-se em um sentido para além da imprensa (= aplicável ao gênero liberdade de expressão) e determina que os textos legais que disciplinem a temática da expressão livre devem ter em vista certas posições jusfundamentais constantes no art. 5º da Carta da Primavera brasileira.

Apesar do *caput* do art. 220 CRFB enunciar restrição, o fato de mencionar que nenhuma lei restringirá remete à divisão ponteana dos limites jurídicos: limitações são os contornos estabelecidos pelo próprio sistema jurídico, particularmente pelo ordenamento legal, enquanto as restrições são os contornos estabelecidos pelos atos jurídicos. O texto constitucional trata, na verdade, das limitações, eis que estabelece aos órgãos legiferantes que a disciplina da liberdade de expressão não será limitada, com exceção do que consta no próprio Pacto Fundamental. A dúvida que exsurge é se é possível a restrição, especialmente a autorrestrição ao direito de exprimir o que pensa.

À indagação sobre autorrestrição alinha-se ao entendimento fundado na exceção constitucionalmente estatuída, que é somada à compreensão sistemática de outorga pelo ordenamento legal à restrição, nos efeitos horizontais das posições jusfundamentais e, também, na intercambialidade de aspectos de posições jurídicas constantes nos setores patrimonial e extrapatrimonial da esfera jurídica. Tendo em vista a outorga aos órgãos legiferantes de que pode se determinar contornos ao livre expressar do pensamento, que tal outorga também atinge,

sistematicamente, as relações entre privados (uma outorga do sistema legal) e que as posições jurídicas subjetivas são essencialmente atreladas a um setor da esfera jurídica, mas que podem ter algum ou alguns dos seus aspectos qualificados pelo outro setor (p. ex., o uso comercial da imagem) é que se chega à conclusão de que pode haver restrição jurídica à liberdade de expressão e, consequentemente, permite-se uma autorrestrição por parte de quem a titulariza.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Manuel Augusto Domingues de. **Teoria geral da relação jurídica: vol. I**. Coimbra: Almedina, 1987.

ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de Direito Constitucional**. 22. ed. São Paulo: Verbatim, 2018.

ARAÚJO, Natália Ramos Nabuco de. **Liberdade de expressão e o discurso de ódio**. Curitiba: Juruá, 2018.

ARCESILÃO. **O livro do democrata**. São Paulo: Typographia Americana, 1866.

AZEVEDO, Antonio Junqueira de. O Direito ontem e hoje. Crítica ao neopositivismo constitucional e insuficiência dos direitos humanos. in AZEVEDO, Antonio Junqueira de. **Novos estudos e pareceres de Direito Privado**. São Paulo: Saraiva, 2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de descumprimento de preceito fundamental n. 130-DF**. Relator: Ministro Carlos Britto. Tribunal Pleno. Brasília, 06 de novembro de 2009, [2009]. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?classeNumeroIncidente=130&base=acordaos&pesquisa_inteiro_teor=false&sinonimo=true&plural=true&radicais=false&buscaExata=true&processo_classe_processual_unificada_classe_sigla=ADPF&orgao_julgador=Tribunal%20Pleno&page=1&pageSize=10&sort=_score&sortBy=desc&isAdvanced=true>. Acesso em 21 ago. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso extraordinário n. 1.026.923-SP**. Relator: Ministro Marco Aurélio. Relator para o acórdão: Ministro Alexandre de Moraes. Tribunal Pleno. Brasília, 24 de fevereiro de 2021, [2021]. Disponível em: < https://portal.stf.jus.br/constituicaosupremo/artigo.asp?abrirBase=CF&abrirArtigo=220&abrirTipoItem=PAR&abrirItem=1>. Acesso em 21 ago. 2021.

CANNARIS, Claus-Wilhelm. **Direitos fundamentais e Direito Privado**. Tradução de Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto. Lisboa: Almedina, 2016.

COSTA, Célio Silva. **A interpretação constitucional e os direitos e garantias fundamentais na Constituição de 1988**. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1992.

DAHL, Robert. **Sobre a democracia**. Tradução de Beatriz Sidou. Brasília: UnB, 2001.

LUMIA, Giuseppe. **Lineamenti di teoria e ideologia del Diritto**. 3. ed. Milano: A. Giuffrè, 1981.

MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da eficácia**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

PÁDUA, Felipe Bizinoto Soares de. O perfil do habeas data. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo, ano 29, v. 123, p. 71-95, Jan.-Dez./2021.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado das ações: tomo I**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1972.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de Direito**. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 13. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

SIMÕES, Marcel Edvar. Sistema jurídico e ‘’fontes do Direito’’. Lacunas e integração. in CUNHA FILHO, Alexandre Jorge Carneiro da; ISSA, Rafael Hamze; SCHWIND, Rafael Wallbach. **Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – anotada: vol. I**. São Paulo: Quartier Latin, 2019.

AS CARACTERÍSTICAS DAS CRIPTOMOEDAS E OS DESAFIOS DA REPRESSÃO AO CRIME DE LAVAGEM DE DINHEIRO

THE CHARACTERISTICS OF CRYPTOCURRENCIES AND THE CHALLENGES OF THE REPRESSION OF MONEY LAUNDERING CRIME

Thiago da Cunha Brito[1]

Resumo: o presente trabalho teve por objetivo apresentar os principais conceitos tecnológicos relacionados ao funcionamento e operação das criptomoedas, em especial a *bitcoin*. Buscou-se, ainda, apresentar o conceito de lavagem de dinheiro, as fases do processo de lavagem, a evolução das ações internacionais de combate à lavagem, bem como o crime de lavagem de dinheiro na legislação penal brasileira. Finalmente, procurou-se exemplificar com a apresentação de alguns casos práticos, como as criptomoedas, em especial a bitcoin, são utilizadas para a prática do crime de lavagem de dinheiro.

Palavras-chave: criptomoedas; bitcoin; blockchain; lavagem de dinheiro.

Abstract: the present work aimed to present the main technical concepts related to the operation of cryptocurrencies, mainly bitcoin. It also sought to present the concept of money laundering, the phases of the money laundering process, the evolution of international actions to prevent money laundering, as well as the crime of money laundering in Brazilian criminal law. Finally, we tried to exemplify how cryptocurrencies, mainly bitcoin, are used for the crime of money laundering, using some practical cases.

Keywords: cryptocurrencies; bitcoin; blockchain; money laundering.

Sumário: Introdução. 1. Conceitos básicos sobre blockchain e criptomoedas. 1.1. A tecnologia do blockchain. 1.2. Bitcoin: uma forma de implementação da tecnologia blockchain. 1.3. Características da bitcoin e as facilidades para a criminalidade organizada. 2. Crime de lavagem de dinheiro. 2.1. As fases da lavagem de dinheiro. 2.2. A evolução da repressão a lavagem de dinheiro. 2.3. Tipo penal de lavagem de dinheiro. 3. Bitcoin e lavagem de dinheiro. Conclusão.

INTRODUÇÃO

[1] Thiago da Cunha Brito. Pós-graduando em LLM Direito Penal Econômico no Instituto Brasileiro de Ensino, Pesquisa e Desenvolvimento, IDP. Graduando em Direito no Instituto Brasileiro de Ensino, Pesquisa e Desenvolvimento, IDP. Graduado em Engenharia Informática pelo Instituto Superior de Engenharia do Porto, Portugal. Pós-graduado em Marketing e Gestão Estratégica pela Universidade do Minho, Braga, Portugal.

Desde a década de 1980, a comunidade internacional vem aprofundando as medidas para tornar mais efetivo o combate e a repressão ao crime organizado e ao delito de lavagem de dinheiro. Inicialmente, a comunidade internacional, buscando limitar o poder econômico dos grandes cartéis de drogas, associou o crime de lavagem de dinheiro ao crime de tráfico de drogas (BOTTINI e BADARÓ, 2019, p. 26).

Em seguida, percebendo que outros delitos também poderiam gerar resultados econômicos ilícitos, a comunidade internacional, por meio da Convenção de Palermo (BRASIL, 2004), sugeriu a expansão do rol de crimes anteriores para a persecução penal do delito de lavagem de dinheiro. Buscou-se, com a referida Convenção, promover a cooperação internacional para prevenir e combater mais eficazmente a criminalidade organizada transnacional.

Apertou-se cerco à criminalidade organizada transnacional e, em especial, às tentativas de branqueamento de capitais. A Convenção de Palermo (BRASIL, 2004) recomendou que os países membros adotassem medidas legislativas para regulamentar o sistema bancário, bem como instituições financeiras não bancárias e, quando justificado, outras instituições suscetíveis de serem utilizadas para lavagem de dinheiro, de forma a criarem um regime de monitoramento e controle de operações suspeitas.

Impunha-se, assim, obrigações relativas ao monitoramento de atividades suspeitas tanto para instituições públicas como para empresas privadas, com intuito de tornar o combate à lavagem de dinheiro mais eficaz.

Em 2003, na cidade de Mérida, no México, foi promulgada a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção (BRASIL, 2006), os Estados Membros, preocupados com a gravidade dos problemas e com as ameaças decorrentes da corrupção, para a segurança e para a estabilidade das sociedades, bem como pelos vínculos entre a corrupção e outras formas de delinquência, em particular o crime organizado e a lavagem de dinheiro, resolveram recomendar a adoção de legislações penais mais abrangentes para a repressão ao crime de lavagem de dinheiro. Recomendou-se, assim, a abolição do rol de crimes antecedentes e a adoção do entendimento de que qualquer tipo de crime, desde que produzisse algum resultado financeiro, pudesse ser considerado como antecessor ao crime da lavagem de dinheiro.

A cooperação internacional é fundamental para o combate à lavagem de dinheiro. Além de uma estrutura legislativa coerente entre as nações mundiais para o combate ao crime organizado, em especial à lavagem de dinheiro, a criação e interação entre unidades de inteligência financeira são fundamentais para um efetivo e eficiente combate a esse tipo de delito econômico (MENDRONI, 2018, p. 59).

Apesar da busca contínua da comunidade internacional por mecanismos capazes de identificar e coibir práticas delitivas de lavagem de dinheiro, algumas inovações tecnológicas podem colocar em risco todos os avanços já alcançados: as criptomoedas são um exemplo de como a tecnologia pode ser utilizada na tentativa de burlar os mecanismos de controles impostos pelos Estados para a identificação e repressão à lavagem de dinheiro.

Desta forma, tendo em vista o arcabouço regulatório e os esforços internacionais voltados à repressão ao crime de lavagem de dinheiro, o presente trabalho buscará apresentar alguns desafios no combate ao branqueamento de capitais, tendo em vista as características das criptomoedas, em especial da *bitcoin*.

Para tanto, apresentar-se-ão, resumidamente, alguns conceitos básicos a respeito das tecnologias envolvidas no desenvolvimento das criptomoedas, em especial a *blockchain*. Em seguida, ressaltar-se-ão algumas características das *bitcoins* que facilitam o cometimento do delito de lavagem de dinheiro.

Ato contínuo, iremos abordar especificamente o crime de lavagem de dinheiro, apresentando sua estruturação teórica, uma breve análise sobre a evolução da repressão à lavagem de capitais e o tipo penal de branqueamento de capitais no Brasil.

Finalmente, analisaremos um cenário de lavagem de dinheiro com a utilização de *bitcoins*, a partir da descrição de dois casos reais de lavagem de dinheiro por meio da utilização de *bitcoins*.

1. CONCEITOS BÁSICOS SOBRE BLOCKCHAIN E CRIPTOMOEDAS

1.1. A tecnologia do *blockchain*

Em 31 de outubro de 2008, um *white paper*, de autoria de Satoshi Nakamoto (NAKAMOTO, 2008), propôs um sistema eletrônico de pagamentos descentralizado, no qual as operações de transferência seriam verificadas pelos computadores integrantes da rede (nó da rede), dispensando-se a figura de um terceiro garantidor, como, por exemplo, de uma instituição financeira.

Em seu trabalho, Nakamoto (NAKAMOTO, 2008, p. 8) previu a solução para o problema dos gastos duplos, propondo que as transações deveriam ser validadas com um sistema de verificação que demandaria um elevado poder computacional, conhecido como *proof-of-work* (PoW).

No modelo proposto por Nakamoto, as transações validadas deveriam ser replicadas por toda a rede de computadores, tornando praticamente impossível que os registros gravados de maneira distribuída fossem adulterados, tendo em vista a capacidade computacional necessária para a validação das transações e do esforço computacional para alteração da *blockchain* em toda a rede de computadores.

Em termos gerais, a tecnologia do *blockchain* se refere a uma estrutura de dados descentralizada, replicada em cada nó da rede de computadores que, conjugada com a capacidade computacional necessária para validar cada operação (PoW), torna praticamente impossível de ser *hackeada* ou adulterada por atores mal-intencionados, dispensando-se a figura de um terceiro garantidor – instituição financeira – para garantir a higidez do sistema.

De acordo com Manav Gupta (GUPTA, 2020, p. 3), *blockchain* é um registro distribuído e imutável que facilita o processo de gravação de transações e permite a sua consulta e verificação. Por sua vez, para a Euromoney Learning (LEARNING, 2021), a *blockchain* é, essencialmente, um registro digital de transações que é duplicada e distribuída para toda a rede de computadores que fazem parte do Sistema *Blockchain*. Ainda segundo a referida publicação, cada bloco contém um número de transações e, cada vez que um conjunto de transações é validado pelo sistema, um novo bloco é adicionado em todos os computadores que participam do Sistema *Blockchain*.

Lucas Mearian (MEARIAN, 2019) descreve a *blockchain* como sendo um registro eletrônico público, desenvolvido em torno da ideia de comunicação direta entre os computadores da rede (*peer-to-peer*), que pode ser compartilhado abertamente entre os computadores que participam do sistema, de forma a criar um registro imutável de transações. À medida que novas transações são criadas, são acrescentados novos blocos de informações na cadeia informações anterior e, então, replicadas para todos os computadores da rede.

Desta forma, a segurança do sistema reside no fato de que a *blockchain* somente pode ser atualizada a partir do consenso entre os participantes da rede de computadores (MEARIAN, 2019), e uma vez que novas operações são validadas e inseridas na cadeia de blocos não podem mais ser removidas.

Basicamente, a segurança da *blockchain* está associada às seguintes características: i) a cadeia de blocos está distribuída em um número indeterminado de computadores; ii) um alto poder computacional deve ser dispendido para a validação de cada transação; iii) cada transação necessita ser validada pela maioria dos computadores da rede (mecanismo de consenso) antes de ser inserida na *blockchain* e replicada para os demais computadores da rede; e iv) caso um determinado bloco seja alterado por um determinado computador da rede, todos os demais

blocos de sua *blockchain* ficarão inválidos e não serão aceitos pelos outros computadores da rede (mecanismo de consenso), mantendo-se a integridade dos registros na maior parcela dos computadores.

Resumidamente, a tecnologia de registro eletrônico distribuído de transações (*blockchain*) permitiu o desenvolvimento de um sistema eletrônico de pagamentos descentralizado, no qual as operações de transferência de valores seriam verificadas pelos computadores integrantes da rede, dispensando-se a figura de um terceiro garantidor na operação.

Feita essa breve introdução à tecnologia da *blockchain* é possível compreender de maneira mais clara o que são criptomoedas, de forma geral, e o que são *bitcoins* em particular.

1.2. Bitcoin: uma forma de implementação da tecnologia blockchain

De acordo com Schmidt e Ashford (SCHMIDT e ASHFORD, 2020), criptomoedas (*cryptocurrency*) são moedas digitais descentralizadas baseadas na tecnologia da *blockchain*. Diferentemente das moedas nacionais, as criptomoedas não estão vinculadas a uma autoridade regulatória nacional ou internacional para emissão, gerenciamento e manutenção das moedas. Ao contrário, como apontado anteriormente, todas as transações são validadas e mantidas por um sistema distribuído de processamento de transações, o que dispensa a figura de terceiros garantidores.

Nas palavras de Thiago Augusto Bueno (BUENO, 2020, p. 19), “se pode afirmar que a *bitcoin* funciona como um livro-caixa de registro de operações de crédito e débito entre seus usuários, sendo que os dados dessas movimentações são registrados de forma compartilhada entre os computadores que operam interligados em um sistema distribuído”.

Como se pode observar, a principal tecnologia utilizada pela *bitcoin* é a *blockchain*, que permite que as operações de compra e venda de *bitcoin* sejam registradas em cada nó da rede, de forma descentralizada, garantindo-se a confiabilidade das informações. Em outras palavras, a *bitcoin* foi a primeira implementação de sucesso da tecnologia da *blockchain* que pode ser aplicada, em tese, em diversos outros modelos de negócio, tal como em registros de propriedade de bens imóveis.

Todavia, faz-se necessário destacar que o sucesso da aplicação da tecnologia da *blockchain* pela *bitcoin* possui uma estreita ligação com o mecanismo de incentivo desenvolvido pelo protocolo do sistema (Sistema *Bitcoin*). Para garantir que todos os integrantes da rede trabalhassem de maneira ética na validação das operações, Nakamoto

(NAKAMOTO, 2008, p. 4) previu um sistema de incentivos para o primeiro computador da rede que completasse o mecanismo de *proof-of-work*.

Nakamoto previu que caso o *proof-of-work* de um determinado computador fosse validado pelos demais computadores da rede (mecanismo de consenso), aquele computador que solucionou o problema matemático teria direito a efetuar o registro no bloco em sua própria *blockchain* e propagar esse bloco para os demais computadores da rede, fazendo com que o computador que realizou o trabalho computacional de validação das transações recebesse com uma quantidade determinada de *bitcoins* (BTC).

Com isso, Nakamoto antecipou um mecanismo de incentivo para que os computadores integrantes do Sistema *Bitcoin* suportassem a rede, além de oferecer uma forma inicial de distribuir as moedas em circulação, uma vez que não existe qualquer autoridade central com competência para criar *bitcoins*. Tal mecanismo é conhecido como *mining* (NAKAMOTO, 2008, p. 4).

Nesse sentido, a aplicação da *blockchain* em outros modelos de negócio depende, em grande parte, de quais serão os incentivos para a higidez das informações distribuídas na rede de computadores. Sem incentivos, dificilmente haverá capacidade de processamento para a atualização da *blockchain* e garantia suficiente de que as informações da *blockchain* serão mantidas de maneira confiável, podendo induzir ao fracasso do modelo de negócio por ausência de capacidade de retorno do investimento necessário para criar uma adequada infraestrutura de mineração (*mining*).

Nesse sentido, Nakamoto (NAKAMOTO, 2008, p. 3) elencou algumas premissas para o funcionamento sustentável do Sistema *Bitcoin*: i) novas transações devem ser propagadas para todos os computadores da rede; ii) cada computador armazena novas transações em blocos; iii) cada computador dedica tempo de processamento para a solução de um problema de elevada dificuldade matemática para seu próprio bloco (*proof-of-work*); iv) quando um determinado computador da rede encontrar a resposta ao problema matemático, encaminhará a solução para todos os demais computadores da rede; v) caso os demais computadores da rede validem o trabalho do computador que solucionou o problema (mecanismo de consenso), o novo bloco poderá ser inserido em suas respectivas *blockchains*; vi) caso a solução tenha sido validada pelos demais computadores da rede, o computador que solucionou o problema receberá uma quantidade definida de *bitcoins*.

1.3. Características da bitcoin e as facilidades para a criminalidade organizada

A partir dessa breve introdução acerca das tecnologias envolvidas no Sistema *Bitcoin*, pode-se a elencar algumas características das criptomoedas que podem favorecer a prática de crimes de lavagem de dinheiro. Nessa seara, Bueno (BUENO, 2020, pp. 113-120) aponta alguns atributos da criptomoeda que podem facilitar a execução do processo de lavagem de dinheiro: i) inexistência física; ii) transmissão direta entre as partes; iii) irreversibilidade das operações; iv) alcance global; e v) não identificação imediata dos envolvidos nas movimentações.

Inicialmente, vale destacar que a inexistência física da *bitcoin* possibilita o acúmulo ilimitado de capitais, sem o transtorno relacionado à capacidade de armazenamento e transporte físico de grandes quantias de papel moeda. De fato, como apontado por Bueno (BUENO, 2020, p. 114), a acumulação massiva de dinheiro físico é um dos problemas centrais da criminalidade econômica de grande escala.

Ademais, a possibilidade de transmissão direta entre as partes, sem a necessidade de um terceiro envolvido na operação, faz com que a transferência de valores em *bitcoins* ocorra fora dos radares das organizações estatais responsáveis pelo monitoramento e repressão de práticas relacionadas ao delito de lavagem de dinheiro (BUENO, 2020, p. 115). Ressalta-se que, na ausência de um terceiro envolvido na operação, eventuais transações suspeitas não serão comunicadas às autoridades, dificultando-se a identificação de operações de lavagem de dinheiro.

Outro aspecto importante, relaciona-se com a característica da irreversibilidade das operações. Imagine-se a situação em que determinada pessoa é obrigada, por coação física ou moral, a transferir determinada quantia de *bitcoins* ao autor da coação (BUENO, 2020, p. 117). Nesse cenário hipotético, após realizada a operação de transferência, não haverá possiblidade de estorno da operação, nem a hipótese de se recorrer à uma autoridade central para que a operação seja desfeita. Ressalta-se que não há, em princípio, como se percebe pela própria característica de descentralização da *bitcoin*, possibilidade de confisco desses valores por qualquer autoridade judicial.

Destaca-se ainda que a descentralização das operações e a falta de regulação dificultam a identificação de valores em *bitcoins* para o cumprimento de cautelares patrimoniais, como é o caso do sequestro de bens (BUENO, 2020, p. 117). Tendo em vista que as transações podem se dar diretamente entre as partes, por meio da utilização de chaves-públicas e chaves-privadas para efetivar a transação, determinada pessoa física ou jurídica pode não possuir, pelos meios oficiais, qualquer registro de bens que o associe a uma carteira de *bitcoins*, impedindo, ou pelo menos dificultando, que parte de seu patrimônio seja alcançado pela cautelar patrimonial.

Outro ponto que merece ênfase relaciona-se ao fato de que as transações não estão limitadas às fronteiras nacionais. Ao contrário, as operações em *bitcoins* não estão sujeitas aos controles e aos monitoramentos geralmente impostos pelas instituições financeiras quando realizam operações de transferência internacional de capitais (BUENO, 2020, p. 119). Assim, além de passar ao largo dos mecanismos de controle impostos pelos Estados, os valores transacionados em *bitcoin* podem ser livremente transformados em moeda nacional em países com menor nível de controle sobre essas operações (paraísos fiscais), em especial no tocante às obrigações das *exchanges*.

Nesse ponto, vale destacar que alguns países apresentam menores níveis de regulação, permitindo que as operações de compra e venda de moeda nacional por criptomoedas não sejam associadas a informações que permitam a identificação dos envolvidos na operação. Nesses países, onde os requisitos necessários para o conhecimento do cliente (*know your customer*) são reduzidos ou inexistentes, existe maior facilidade para que operações ilegais sejam realizadas.

Em que pese as transações registradas na *blockchain* poderem ser rastreadas, utilizando-se, para isso, das chaves-públicas presentes em cada operação realizada, sem um rígido mecanismo para conhecimento do cliente, não há como identificar, de maneira imediata, os reais beneficiários – pessoas físicas e jurídicas – das respectivas operações (BUENO, 2020, p. 120). Além disso, como uma determinada pessoa pode possuir inúmeras carteiras de *bitcoins* (*wallets*), diversas soluções para a dissimulação do rastro do dinheiro podem ser aplicadas.

Dentre os mecanismos mais utilizados para a referida dissimulação, encontram-se os *mixing services*. Conforme Narayanan et. al. (NARAYANAN et al, 2016, pp. 177-179), *mixing services* são serviços que podem ser utilizados para tornar menos efetivo o rastreamento das operações com *bitcoins*, permitindo a manutenção da anonimidade nas operações da *blockchain*.

Como ressalta Kudlovich (KUDLOVICH, 2018), todas as transações na rede *bitcoin* são rastreáveis, mas as chaves-públicas não são vinculadas, em regra, a nenhuma informação capaz de identificar seu proprietário. A utilização de *mixing services* dificulta ainda mais o rastreamento do dinheiro.

Todas essas características fazem das criptomoedas, em especial a *bitcoin*, um meio efetivo para o cometimento de delitos relacionados à lavagem de dinheiro, bem como o de outros crimes patrimoniais como, por exemplo, o estelionato e a extorsão mediante sequestro, possibilitando ao criminoso auferir as vantagens patrimoniais decorrentes da prática daqueles crimes, sem comprometer a sua própria liberdade e tampouco o produto do crime por ele praticado.

2. CRIME DE LAVAGEM DE DINHEIRO

Segundo Bottini e Badaró (BOTTINI e BADARÓ, 2019, p. 25), “lavagem de dinheiro é o ato ou a sequência de atos praticados para mascarar a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, valores e direitos de origem delitiva ou contravencional, com o escopo último de reinseri-los na economia formal com aparência de licitude”.

Como se pode observar a lavagem de dinheiro pode ser entendida como um processo no qual todos os atos buscam dissimular a origem dos valores com a finalidade de reintroduzi-los na economia com aparência de licitude. A doutrina especializada divide o processo de lavagem de dinheiro em algumas fases, conforme abordado em seguida.

2.1. As fases da lavagem de dinheiro

Marcelo Batlouni Mendroni (MENDRONI, 2018, pp. 74-80), na mesma linha de diversos outros doutrinadores, a exemplo de Bottini e Badaró (BOTTINI e BADARÓ, 2019, pp. 27-29), aponta que o processo de lavagem de dinheiro ocorre por meio de três etapas: colocação (*placement*); ocultação, acomodação ou estratificação (*layring*); e integração (*integration*).

Conforme referido anteriormente, o processo de lavagem de dinheiro deve ter como origem uma infração penal (crime ou contravenção) antecedente e se inicia com a ocultação dos valores provenientes daquela infração penal (BOTTINI e BADARÓ, 2019, p. 27). As diversas atividades posteriores que ocorrem dentro do processo de lavagem de dinheiro contribuem para a contínua dissimulação da origem dos bens e se completa pela reinserção do produto dissimulado na economia real (BOTTINI e BADARÓ, 2019, p. 27).

A etapa inicial do processo de lavagem de dinheiro (*placement*) geralmente ocorre por meio da aplicação dos recursos diretamente no sistema financeiro ou pela transferência para outro local (MENDRONI, 2018, p. 74). Geralmente, utilizam-se atividades comerciais e instituições financeiras para a realização da ocultação inicial dos valores provenientes de infração penal (MENDRONI, 2018, p. 74). Basicamente, essa operação da fase inicial da lavagem de dinheiro permite que o dinheiro sujo, proveniente de atividades criminosas, seja introduzido no sistema financeiro para iniciar operações mais complexas e estruturadas de lavagem de dinheiro (SANCTIS, 2018, p. 18).

Na segunda etapa do processo de lavagem de dinheiro (*layring*), objetiva-se afastar o dinheiro de sua origem ilícita. Para isso, pode-se efetuar diversas operações de compra e venda, transferências entre contas nacionais e internacionais ou simulações de transações de importação e exportação, tudo com o objetivo de apagar o rastro do dinheiro e distanciá-lo de sua natureza ilícita, dificultando as investigações e a persecução penal (MENDRONI, 2018, p. 77).

Finalmente, a última etapa do processo de lavagem de dinheiro objetiva trazer legitimidade ao dinheiro ilegal. Nas palavras Mendroni (MENDRONI, 2018, p. 78), nesta etapa o dinheiro é formalmente incorporado na economia real, por meio de organizações ou contratos de fachada, que objetivam revestir de legalidade o dinheiro proveniente de infração penal.

2.2. A evolução da repressão à lavagem de dinheiro

A repressão à lavagem de dinheiro passou a despertar maior interesse da comunidade internacional ao longo da década de 80 do século passado (BOTTINI e BADARÓ, 2019, p. 26), quando as organizações criminosas relacionadas ao tráfico de drogas demonstravam sofisticada capacidade de organização. Nesse período, percebeu-se que a persecução penal do tráfico de drogas não poderia ficar restrita, especificamente, à prisão dos membros da organização criminosa (BOTTINI e BADARÓ, 2019, p. 26). De acordo com o professor Pierpaolo (BOTTINI e BADARÓ, 2019, p. 26), “notou-se que o dinheiro é a alma da organização criminosa e seu combate passa pelo confisco dos valores que mantém operante a sua estrutura”.

Nesse momento, surgiram as primeiras leis relacionadas à lavagem de dinheiro que, influenciadas pela repressão ao tráfico de drogas, descreviam essa infração penal como a única infração penal anterior capaz de dar origem ao crime de lavagem de dinheiro. Em outras letras, a primeira geração de leis de combate à lavagem de dinheiro vinculava a lavagem de dinheiro, única e exclusivamente, ao crime anterior de tráfico de drogas (BOTTINI e BADARÓ, 2019, pp. 78-80).

Aos poucos, foi-se desenvolvendo na comunidade internacional uma consciência de que outros crimes também deveriam ser objeto de repressão à lavagem de dinheiro. Nesse sentido, a Convenção de Palermo, de 15 de novembro de 2000, instrui os países a adotarem medidas legislativas que considerem outras infrações penais, as quais podem originar bens passíveis de lavagem de dinheiro (BRASIL, 2004).

De acordo com o magistério de Pierpaolo (BOTTINI e BADARÓ, 2019, p. 78), essa segunda geração de leis relacionadas ao combate à lavagem de dinheiro ampliou o rol de crimes antecedentes que poderiam dar origem à persecução penal por lavagem de dinheiro.

Finalmente, conforme indicado pelo Banco Mundial (TWB, 2006, p. V-5) a terceira geração legislativa de combate à lavagem de dinheiro ampliou ainda mais o escopo de crimes antecedentes. De acordo com o referido documento do Banco Mundial (TWB, 2006, pp. V-5 e V-6), qualquer infração penal anterior capaz de gerar produto de crime deve combatida, também, por meio de normas de lavagem de dinheiro.

Assim, a comunidade internacional dava mais um passo em direção ao combate à lavagem de dinheiro, passando a considerar que qualquer infração penal anterior – que fosse capaz de gerar receitas provenientes da atividade criminosa – deveria ser passível de repressão à lavagem de dinheiro.

2.3. Tipo penal de lavagem de dinheiro

A legislação brasileira sobre os crimes de lavagem de dinheiro (BRASIL 1998) previa, inicialmente, um rol taxativo de crimes antecedentes capazes de dar origem à persecução penal por lavagem de dinheiro.

Inicialmente, a Lei 9.613/1998 (Lei de Lavagem de Dinheiro) considerava como crime de lavagem de dinheiro ocultar ou dissimular a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, de crime de tráfico de drogas, de terrorismo, de tráfico de armas, de extorsão mediante sequestro, entre outros.

Como se pode notar, ao adotar a posição de que a lavagem de dinheiro deveria ser precedida especificamente de um rol taxativo de infrações criminais, a Lei de Lavagem de Dinheiro brasileira poderia ser classificada como uma lei de segunda geração, nos termos explicados acima.

Todavia, em julho de 2012, a Lei 12.683 (BRASIL, 2012) alterou a Lei de Lavagem de Dinheiro para tornar mais eficiente a persecução penal dos crimes de lavagem de dinheiro, deixando de limitar a lavagem de dinheiro a um rol predefinido de infrações. A legislação brasileira passava então a ser considerada uma lei de terceira geração ao combate à lavagem de dinheiro, em sintonia com a Convenção de Mérida (BRASIL, 2006) e com as diretrizes do Banco Mundial (TWB, 2006).

Com isso, a tipificação do delito de lavagem de dinheiro passava a ter a seguinte redação, *in verbis*:

> Art. 1º Ocultar ou dissimular a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, de infração penal.
> Pena: reclusão, de 3 (três) a 10 (dez) anos, e multa.
> §1º Incorre na mesma pena quem, para ocultar ou dissimular a utilização de bens, direitos ou valores provenientes de infração penal:
> I - os converte em ativos lícitos;
> II - os adquire, recebe, troca, negocia, dá ou recebe em garantia, guarda, tem em depósito, movimenta ou transfere;
> III - importa ou exporta bens com valores não correspondentes aos verdadeiros.
> §2º Incorre, ainda, na mesma pena quem:
> I - utiliza, na atividade econômica ou financeira, bens, direitos ou valores provenientes de infração penal;
> II - participa de grupo, associação ou escritório tendo conhecimento de que sua atividade principal ou secundária é dirigida à prática de crimes previstos nesta Lei.

Diversas são as questões que podem ser objeto de estudo a partir da análise da Lei de Lavagem de Dinheiro. Poder-se-ia discorrer sobre os elementos subjetivos do tipo penal, sobre o bem jurídico tutelado pelo crime de lavagem de dinheiro, sobre a sua natureza (permanente ou instantâneo) ou, ainda, sobre a consunção entre o delito antecedente e o crime de lavagem de capitais. Todavia, o objetivo do presente trabalho restringir-se-á ao entendimento dos elementos objetivos do tipo penal (ocultar e dissimular) para a prática do delito de lavagem de dinheiro.

Como se percebe pela redação do art. 1º, *caput*, da Lei de Lavagem de Dinheiro, a mera ocultação ou dissimulação de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, de infração penal, são suficientes para caracterizar o crime de branqueamento de capitais.

De acordo com o magistério de Pierpaolo (BOTTINI e BADARÓ, 2019, p. 115), "ocultar significa esconder, tirar de circulação, subtrair da vista". Ainda de acordo com o mesmo doutrinador, "ocultar é todo e qualquer ato inicial de encobrimento do produto ilícito dos olhares públicos".

Por sua vez, "a dissimulação é o ato – ou conjunto de atos – posteriores à ocultação" (BOTTINI e BADARÓ, 2019, p. 115). Continua afirmando que "dissimular é o movimento de distanciamento do bem de sua origem maculada, a operação efetuada para aprofundar o escamoteamento, e dificultar mais o rastreamento dos valores" (BOTTINI e BADARÓ, 2019, pp. 115-116).

Como se pode observar, a ocultação pode ser considerada uma atividade mais próxima a etapa inicial do processo de lavagem de dinheiro (*placement*). Por seu turno, a conduta de

dissimular estaria mais próxima a fase de *layring* do processo de lavagem de dinheiro, por ser um ato um pouco mais sofisticado do que o ato original de esconder.

Ressalta-se que na lição de Sergio Fernando Moro (MORO, 2012, p. 34), "para a configuração do crime do *caput* do art. 1º, *é necessária a caracterização de atos de ocultação ou dissimulação de qualquer característica do produto do crime*. A mera guarda ou movimentação física do produto do crime, sem ocultação ou dissimulação não configura o tipo do *caput*".

Portanto, a ilicitude na lavagem de dinheiro está relacionada a operações realizadas com o intuito de ocultar ou dissimular a origem ilícita de bens, valores ou direitos, objetivando, ainda, introduzi-los na economia formal com aparência de legitimidade.

3. BITCOIN E LAVAGEM DE DINHEIRO

Compreendidas as principais características tecnológicas que envolvem a aplicação da *blockchain* para o desenvolvimento da *bitcoin*, bem como o tipo penal de lavagem de dinheiro, iremos apresentar alguns exemplos de como as criptomoedas, em especial a *bitcoin*, têm sido utilizadas como meio para o cometimento de crimes de lavagem de dinheiro.

Não obstante termos nos debruçado brevemente sobre algumas características do Sistema *Bitcoin* que podem favorecer a consumação do delito de lavagem de dinheiro, faz-se pertinente, nesse momento, destacar alguns incentivos à utilização de *bitcoins* no contexto de lavagem de dinheiro. Para tanto, iremos nos socorrer aos ensinamentos da procuradora Christiana Mariani Da Silva Telles (TELLES, 2020, p. 80-89).

Conforme o magistério de Christiana Telles (TELLES, 2020, p. 82), o primeiro incentivo na utilização de criptomoedas no processo de lavagem de dinheiro está relacionado com a transferência segura de valores por meio de uma rede global de computadores, sem a interferência de instituições financeiras ou agências governamentais.

Aponta, ainda, que a dificuldade para escamotear operações financeiras realizadas com recursos ilícitos dentro do sistema financeiro pode ser contornada com a utilização de criptomoedas, tendo em vista que as transações ocorrerem fora de qualquer sistema monitorado por instituições bancárias ou agências governamentais (TELLES, 2020, p. 83).

Outra questão destacada por Christiana Telles (TELLES, 2020, p. 83) relaciona-se à facilidade com que se pode transacionar uma grande quantidade de valores para locais distantes ou remotos, sem a preocupação com o transporte físico de valores. Sabe-se que, no Sistema

Bitcoin, a transferência de grande volume de recursos financeiros depende apenas de uma chave-pública para onde as bitcoins serão transferidos e de uma chave-privada para autorização da operação pelo remetente, dispensando-se a utilização de qualquer tipo de transporte físico de moeda.

Outro ponto destacado se relaciona com a pseudo anonimidade das *bitcoins*. Apesar das operações no Sistema Bitcoin não serem totalmente anônimas, ao contrário das transações realizadas com dinheiro vivo, o rastreamento das transações é uma tarefa bastante complexa que requer a utilização de recursos humanos altamente especializados (TELLES, 2020, p. 84).

Uma outra característica que serve de incentivo para a prática de delitos de lavagem de dinheiro por meio da utilização de criptomoedas, relaciona-se ao seu acesso. Em regra, o acesso à carteira de *bitcoins* depende de uma chave-privada que não está disponível para terceiros desautorizados pelo proprietário da carteira. Tal fato, dificulta o alcance desses valores pelo sistema de justiça e pode impossibilitar a penhora ou o sequestro desses valores (TELLES, 2020, pp. 84-85).

O caráter transfronteiriço das criptomoedas também impõe um novo desafio às autoridades, no que tange à competência para a persecução penal e à definição do direito aplicável (TELLES, 2020, p. 85).

Ademais, a alta volatilidade das *bitcoins* impede que sejam vistas como reservas de valor e dificultam a realização de negócios convencionais com a utilização da criptomoeda. Contudo, essa mesma característica pode favorecer operações de lavagem de dinheiro por meio de operações de compra e venda de *bitcoins* de forma a produzir lucros artificiais (TELLES, 2020, pp. 86-87).

Outrossim, a procuradora Christiana Telles (TELLES, 2020, p. 89) corrobora com o entendimento de que os serviços de mistura (*mixing services*) podem aumentar o nível de anonimidade nas operações com *bitcoins*, dificultando, ainda mais, a identificação das partes envolvidas nas negociações.

3.1. Furto de dados de cartão de crédito mediante fraude e lavagem de dinheiro com bitcoin

Recentemente, um homem de 28 (vinte e oito) anos, identificado como Vitalii Antonenko, foi detido no aeroporto internacional de Nova Iorque ao desembarcar de um voo proveniente da Ucrânia (BAMBROUGH, 2020), acusado de furto de dados de cartão de crédito e lavagem de dinheiro utilizando *bitcoins*.

De acordo com a acusação, Antonenko, junto com vários outros indivíduos envolvidos, vasculhou a Internet em busca de redes de computadores vulneráveis, visando furtar informações de cartões de crédito e débito das vítimas (BAMBROUGH, 2020).

Em seguida, conforme informações das agências de persecução penal americanas, os *hackers* venderam as informações furtadas na *darknet*, que é um ambiente virtual utilizado para realização de operações ilegais na *internet*.

As autoridades americanas acreditam que o Sistema *Bitcoin* foi utilizado para lavar o dinheiro proveniente da venda dos dados furtados, uma vez que foram encontrados cerca de US$ 140.000,00 nas suas carteiras de bitcoin.

Como se pode observar, o furto de dados de cartão de crédito gerou um proveito por meio da venda na *darknet*, que foi ocultado por meio da aquisição de *bitcoins*. Para dificultar ainda mais o rastreamento dos valores, podem ter sido utilizados mecanismos de mixagem de *bitcoins*.

3.2. Crime de estelionato e lavagem de dinheiro

Também recentemente, em janeiro de 2021, o Departamento de Justiça dos Estados Unidos divulgou uma notícia (JUSTICE, 2021) relacionada à condenação de um proprietário de uma *exchange*, com sede na Bulgária, por envolvimento no crime de lavagem de dinheiro.

De acordo com a referida notícia, uma organização criminosa teria executado uma megaoperação fraudulenta de leilões *online* que vitimou pelo menos 900 (novecentos) americanos. Diversos anúncios falsos, de produtos de alto custo, teriam sido postados em sites de comércio eletrônico. Todavia, os anúncios eram fraudulentos e os produtos, de fato, não existiam.

Ainda segundo o Departamento de Justiça dos Estados Unidos, depois que as vítimas foram convencidas a enviar o pagamento, a organização criminosa deu início a um estruturado esquema de lavagem de dinheiro, no qual laranjas recebiam dinheiro da fraude e convertiam os proveitos do crime em criptomoedas, transferindo, em seguida, esses valores para operadores fora do território nacional.

Além do alegado envolvimento na operação de lavagem, uma outra evidência apresentada à Corte Americana foi o fato de que o proprietário da *exchange* teria permitido a troca de criptomoedas por dinheiro, sem exigir qualquer identificação ou documentação para mostrar a origem dos fundos, contrariando as políticas de KYC (*know your client*) impostas por alguns países a esses atores, como forma de regulação do mercado.

CONCLUSÃO

A comunidade internacional tem buscado combater, de maneira orquestrada, o crime organizado e a lavagem de dinheiro. Diversos esforços foram envidados nesse sentido. A cooperação internacional entre unidades de inteligência financeira de diversos países é um exemplo do empenho das nações nessa luta.

Não obstante a criação de diversos mecanismos jurídicos e administrativos para a identificação e repressão de práticas de lavagem de dinheiro, as características inerentes às criptomoedas oferecem elevado risco a um combate efetivo dessa forma de delinquência.

A ausência de uma autoridade centralizada de certificação das operações em criptomoedas pode contribuir para o escamoteamento de operações ilícitas. A transferência segura de valores por meio de uma rede global de computadores, sem a interferência de instituições financeiras ou agências governamentais, certamente contribui para o aumento do risco de utilização desse ambiente para a prática de lavagem de dinheiro.

Outro ponto de destaque em relação ao emprego de criptomoedas no processo de lavagem de dinheiro, relaciona-se com o caráter transfronteiriço das operações. Grandes quantias de capitais podem ser enviadas para qualquer lugar do mundo a um custo relativamente reduzido.

Ademais, a pseudo anonimidade das *bitcoins*, aliada a ferramentas que permitem a dissimulação das operações, torna o processo de rastreamento bastante complexo, demandando profunda especialização dos recursos humanos envolvidos em sua identificação.

Diversos são os desafios da comunidade internacional para a repressão de práticas delitivas de lavagem de capitais com a utilização de criptomoedas, em especial as *bitcoins*. Contudo, parece-nos relevante que os Estados envidem esforços para tornar obrigatório o fornecimento de informações relativas à identidade de pessoas físicas e jurídicas que adquiram ou alienem criptomoedas no mercado local. A implementação de práticas de *Know Your Customer* é uma ferramenta fundamental para que se consiga associar de maneira mais efetiva carteiras virtuais de criptomoedas com documentos da vida civil de pessoas e empresas.

Outro ponto que merece reflexão e análise regulatória, relaciona-se aos serviços de mixagem de criptomoedas, bem como a necessária regulamentação de empresas que convertem moeda local em criptomoedas (*exchanges*).

De toda sorte, a negociação de criptomoedas diretamente entre comprador e vendedor, sem a necessidade da figura de um terceiro garantidor, como, por exemplo, de uma instituição financeira ou uma *exchange*, continuará sendo um dos grandes desafios dos governos em relação ao combate à criminalidade organizada e à lavagem de dinheiro.

REFERÊNCIAS

BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Lavagem de Dinheiro: aspectos penais e processuais penais**. 4ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

BAMBROUGH, Billy. **New York Man Charged In $100 Million Bitcoin Case**. Forbes, 2020. Disponível em <https://www.forbes.com/sites/billybambrough/2020/05/28/new-york-hacker-charged-in-100-million-dollar-bitcoin-case/?sh=347864c8c90e>. Acesso em 8 de fevereiro de 2021.

BRASIL, Presidência da República. **Lei 9.613/1998 – Dispõe sobre os crimes de lavagem ou ocultação de bens, direitos e valores, dentre outras providências**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9613compilado.htm>. Acesso em 7 de fevereiro de 2021.

_____, Presidência da República. **Decreto 5.015/2004 – Promulga a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5015.htm>. Acesso em 7 de fevereiro de 2021.

_____, Presidência da República. **Decreto 5.687/2006 – Promulga a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, assinada na cidade de Mérida**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Decreto/D5687.htm>. Acesso em 7 de fevereiro de 2021.

_____, Presidência da República. **Lei 12.683/2012 – Altera a Lei 9.613/1998 para tornar mais eficiente a persecução penal dos crimes de lavagem de dinheiro**. Disponível em <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12683.htm>. Acesso em 7 de fevereiro de 2021.

BUENO, Thiago Augusto. **Bitcoin e crimes de lavagem de dinheiro**. 1ª ed. Campo Grande: Editora Contemplar, 2020.

GUPTA, Manav. **Blockchain for dummies**. 3rd IBM Limited Edition. Disponível em <https://www.ibm.com/blockchain/what-is-blockchain>. Acesso em 7 de fevereiro de 2021.

JUSTICE, Department. **Owner of Bitcoin Exchange Sentenced to Prison for Money Laundering**. 2021. Disponível em <https://www.justice.gov/opa/pr/owner-bitcoin-exchange-sentenced-prison-money-laundering>. Acesso em 8 de fevereiro de 2021.

KUDLOVICH, Yuriy. **How Cryptocurrency Mixers and Anonymous Wallets Work**. Disponível em <https://decenter.org/en/how-cryptocurrency-mixers-and-anonymous-wallets-work>. Acesso em 7 de fevereiro de 2021.

LEARNING, Euromoney. **What is blockchain: learn the basics of blockchain technology and why it can enhance trust is both record keeping and financial transactions**. Disponível em <https://www.euromoney.com/learning/blockchain-explained/what-is-blockchain>. Acesso em 7 de fevereiro de 2021.

MEARIAN, Lucas. **What is blockchain? The complete guide**. Disponível em <https://www.computerworld.com/article/3191077/what-is-blockchain-the-complete-guide.html>. Acesso em 7 de fevereiro de 2021.

MENDRONI, Marcelo Batlouni. **Crime de lavagem de dinheiro**. 4ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2018.

MORO, Sergio Fernando. **Crime de Lavagem de Dinheiro**. 1ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

NAKAKMOTO, Satoshi. **Bitcoin: a peer-to-peer electronic cash system**. Disponível em <https://bitcoin.org/bitcoin.pdf>. Acesso em 7 de fevereiro de 2021.

NARAYANAN, Arvind; BONNEAU, Joseph; FELTEN, Edward; MILLER, Andrew; GOLDFEDER, Steven. **Bitcoin and Cryptocurrency Technologies**. Princeton University Press. 2016.

SANCTIS, Fausto Martin de. **Lavagem de dinheiro por meio de obras de arte: uma perspectiva judicial criminal**. Belo Horizonte: DelRey Editora, 2015.

SCHMIDT, John; ASHFORD, Kate. **What is cryptocurrency**? Disponível em <https://www.forbes.com/advisor/investing/what-is-cryptocurrency/> Acesso em 7 de fevereiro de 2021.

TELLES, Christiana Mariani da Silva. **Bitcoin, lavagem de dinheiro e regulação**. Curitiba: Juruá editora. 2020.

TWB. The World Bank. **Reference Guide to Anti-Money Laudering and Combating the Financing of Terrorism**. Disponível em <http://worldbank.org/reference-guide-to-aml>. Acesso em 7 de fevereiro de 2021.

COMPARTILHAMENTO INTERNACIONAL DE DADOS PARA SEGURANÇA PÚBLICA: PARALELO LEGISLATIVO ENTRE BRASIL E PORTUGAL

INTERNATIONAL DATA SHARING FOR PUBLIC SAFETY: LEGISLATIVE COMPARISON BETWEEN BRAZIL AND PORTUGAL

Amanda Cristina Alves Silva[1]
Jéssica Guedes Santos[2]

Resumo: na atual sociedade da informação, os dados pessoais são utilizados para as mais diversas finalidades, inclusive para a defesa nacional e a segurança pública. Neste aspecto, reconhece-se a necessidade de que existam normativos específicos para regular este tipo de tratamento de dados para que os direitos individuais não sejam ameaçados. Dessa forma, países que demonstram preocupação com o tema procuram regulamentá-lo, como é o caso de Brasil e Portugal. Enquanto o Brasil ainda debate o assunto por meio do anteprojeto conhecido como LGPD Penal, em Portugal já existe a Lei n.º 59/2019, que transpõe a Diretiva (UE) 2016/680. O presente artigo analisa as disposições trazidas na norma portuguesa e no projeto de lei brasileiro a fim de identificar as similaridades e diferenças. É possível notar a inspiração do projeto brasileiro na legislação europeia, incorporando em seu texto disposições bastante semelhantes às disposições vigentes em Portugal, especificando de forma clara a possibilidade de compartilhamento de dados entre autoridades de países terceiros e em cooperação internacional.

Palavras-chave: proteção de dados pessoais; compartilhamento internacional de dados pessoais; segurança pública; proteção de dados no Brasil; proteção de dados em Portugal.

Abstract: in today's information society, personal data is used for a wide variety of purposes including national defense and public security. In this aspect, it is recognized that there is a need for specific laws to regulate this type of data processing so that individual rights are not threatened. Thus, countries that show concern about the issue are trying to regulate it, as is the case of Brazil and Portugal. While Brazil is still debating the subject through the preliminary draft known as LGPD Criminal, in Portugal there is already Law 59/2019, which transposes the Directive (EU) 2016/680. This article analyzes the provisions brought in the Portuguese norm and the Brazilian draft law in order to identify the similarities and differences. It is possible to notice the inspiration of the Brazilian bill in the European legislation, incorporating in its text provisions quite similar to the provisions in force in Portugal, clearly specifying the possibility of data sharing between authorities of third countries and in international cooperation.

Keywords: personal data; international sharing of personal data; public safety; data protection in Brazil; data protection in Portugal.

---

[1] Graduada em Direito pelo Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP) e com formação técnica em Informática. Tem experiência profissional e acadêmica na área do Direito, com ênfase em Direito Digital, Administrativo e Desportivo.

[2] Advogada em privacidade e proteção de dados. Mestranda em Direito pela Universidade de Brasília (UnB). Pesquisadora em direito e tecnologia. Cofundadora do "Bot Jurídico".

Sumário: Introdução. 1. Compartilhamento internacional de dados no Brasil. 2. Compartilhamento internacional de dados em Portugal. Conclusão.

INTRODUÇÃO

A sociedade atual utiliza dados pessoais em diversos setores, tanto públicos como privados. Com relação ao setor público, uma das aplicações que vem ganhando bastante espaço é o uso de dados na segurança pública. É claro que, diante da estrutura organizacional dos órgãos de justiça, existe a possibilidade de cooperação entre Estados por meio da transferência e cooperação internacional de dados, fazendo o cotejo com a necessidade de garantir a privacidade dos cidadãos.

Assim, o presente artigo tem como objetivo geral identificar como as leis de proteção de dados tratam o compartilhamento internacional de dados entre órgãos de segurança no Brasil e em Portugal, partindo da hipótese que deve existir diferenças significativas entre as duas legislações por conta do maior tempo que a Europa reflete acerca da proteção de dados.

Neste sentido, o objetivo específico do artigo é fazer o comparativo entre a legislação dos dois países para responder a pergunta: "em que medida a lei brasileira e portuguesa são similares no que concerne ao compartilhamento de dados para segurança pública?". No Brasil, a legislação analisada é o projeto de Lei de Proteção de Dados para segurança pública e persecução penal, conhecido como LGPD Penal, em comparação com a Lei nº 59/2019 de Portugal, que transpõe ao ordenamento interno português a Diretiva (UE) 2016/680 do Parlamento Europeu.

1. COMPARTILHAMENTO INTERNACIONAL DE DADOS NO BRASIL

A Constituição Federal de 1988 prevê a inviolabilidade da intimidade da vida privada, da honra e da imagem das pessoas no seu art. 5º, X[3], estabelecendo ainda a inviolabilidade do sigilo das comunicações telegráficas e de dados no art. 5º, XII[4], inclusive prevendo a existência de ação específica (*habeas data*) para assegurar o conhecimento de informações e a retificação

[3] Art. 5º. (...) X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.

[4] Art.5º. : (...) XII - é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal.

de dados em bancos de dados no art. 5º LXXII[5].

Assim, apesar de a palavra privacidade não estar presente expressamente na Carta Magna brasileira, é a ideia que permeia as supracitadas previsões que constituem direitos fundamentais no país (DONEDA, 2019). Quanto à proteção de dados, o status constitucional está prestes a ser alterado, pois aguarda andamento a proposta de emenda constitucional 17/2019 do Senado Federal, que foi aprovada pela Câmara dos Deputados, que a inclui como direito fundamental.

Com o advento das novas formas de organização estatal e social por conta da internet, houve questionamento se a Constituição também garantia o direito à proteção de dados. No julgamento dos casos relacionados ao compartilhamento de nomes, números e endereços constantes nos cadastros das empresas de telefonia com o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), realizado em maio de 2020, o Supremo Tribunal Federal (STF) entendeu pela existência autônoma do direito à proteção de dados e à autodeterminação informativa na Constituição Federal.

O julgamento do STF também usou a Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD - Lei Federal nº 13709/2018) como fonte, apesar da norma ainda não estar vigente na época, já que a Lei foi publicada em 14 de agosto de 2018 e teve vigência iniciada em setembro de 2020.

Com a LGPD, o Brasil passa a ter uma lei específica para tratar dos dados pessoais, porém, a mesma não se aplica para os casos de tratamento de dados com finalidade de segurança pública, defesa nacional, segurança do Estado e atividades de investigação e repressão de infrações penais, estabelecendo que lei específica deverá tratar do assunto, nos termos do art. 4º, III, §1º[6].

Neste sentido, a Comissão designada para estudar o artigo supracitado entregou o anteprojeto de Lei de Proteção de Dados para segurança pública e persecução penal em novembro de 2020 para a Câmara dos Deputados. O anteprojeto ficou conhecido popularmente como LGPD Penal e ainda aguarda o início do trâmite na Câmara dos Deputados.

Sobre o objeto deste artigo, a LGPD Penal prevê as regras de transferência internacional

---

[5] Art. 5º, Art. LXXII - conceder-se-á *"habeas-data":*
a) para assegurar o conhecimento de informações relativas à pessoa do impetrante, constantes de registros ou bancos de dados de entidades governamentais ou de caráter público;
b) para a retificação de dados, quando não se prefira fazê-lo por processo sigiloso, judicial ou administrativo.

[6] Art. 4º Esta Lei não se aplica ao tratamento de dados pessoais: (...) III - realizado para fins exclusivos de: a) segurança pública; b) defesa nacional; c) segurança do Estado; ou d) atividades de investigação e repressão de infrações penais; (...) § 1º O tratamento de dados pessoais previsto no inciso III será regido por legislação específica, que deverá prever medidas proporcionais e estritamente necessárias ao atendimento do interesse público, observados o devido processo legal, os princípios gerais de proteção e os direitos do titular previstos nesta Lei.

de dados e cooperação internacional no Capítulo IX, nos arts. 53 a 58. A transferência internacional de dados pessoais pode ser realizada para países ou para organismos internacionais. A decisão pode passar por uma das três balizas de validação: decisão de adequação, garantias adequadas e aplicação de derrogação.

A decisão de adequação aponta que o ente recebedor deve assegurar um nível de proteção adequado para os dados pessoais, e deve observar o art. 34 da LGPD, que estabelece que a Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD) deve avaliar o nível de proteção de dados do país ou organismo internacional avaliando as legislações sobre o assunto, a natureza dos dados, a observância dos princípios gerais da proteção de dados e dos direitos dos titulares, as medidas de segurança, as garantias judiciais e institucionais para a proteção de dados e demais circunstâncias atinentes à transferência. A transferência realizada com base na decisão de adequação dispensa autorização específica, e, quando o país for parte da Convenção do Conselho da Europa e de seus protocolos, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) pode estabelecer procedimento simplificado.

As transferências sujeitas a garantias adequadas acontecem quando forem apresentadas garantias sobre a proteção de dados naquele país/organismo internacional por meio de instrumento jurídico vinculativo, ou quando o responsável pelo tratamento tiver avaliado as circunstâncias inerentes à transferência e observado a existência de garantias adequadas. Sendo que, neste último caso, o responsável pelo tratamento deve informar os motivos das garantias adequadas ao CNJ, que pode pedir a comprovação documental da justificação e da transferência.

Na ausência de decisão de adequação e de garantias adequadas, aplica-se a previsão de derrogações em situações específicas, que estabelece que as transferências internacionais somente podem ser efetuadas se necessárias para proteger interesses vitais do titular ou de terceiros; para salvaguardar os legítimos interesses do titular; para prevenir ameaça grave e imediata contra a segurança pública; para exercer os direitos de defesa no Judiciário ou na esfera administrativa punitiva em casos específicos.

Sendo que, a transferência pode ser negada se for verificado que os direitos do titular prevalecem sobre a finalidade de transferência por interesse público, e para a cooperação internacional conforme instrumentos de direito internacional. Os dados transferidos devem ser somente os necessários para a finalidade referida e o responsável pelo tratamento deve documentar todo o procedimento e disponibilizar para o CNJ, caso seja solicitado.

A LGPD Penal também prevê a possibilidade de transferência internacional de dados para destinatários estabelecidos em outros países, desde que se respeite as condições da Lei e

se atendam cinco critérios cumulativos: transferência estritamente necessária a uma função desempenhada pela autoridade competente que efetua a transferência e prevista em lei; no caso concreto, os direitos do titular não prevalecem sobre as finalidades que exigem a transferência; a transferência para uma autoridade competente seria ineficaz ou inadequada por não poder ser realizada em tempo hábil; a autoridade competente no outro país seja informada, a menos que a comunicação seja ineficaz ou inadequada; e a autoridade que efetua a transferência deve informar o destinatário das finalidades específicas do tratamento dos dados. As transferências devem ser documentadas e informadas para a autoridade de controle. Acordos internacionais também podem vir a tratar sobre o assunto.

Assim, o projeto estabelece que a transferência de dados pessoais para outro país ou organização internacional somente pode ser realizada em seis condições específicas, a saber, transferência necessária para atividades de segurança pública ou persecução penal; tiver sido adotada decisão de adequação, garantia adequada ou aplicação de derrogação; transferência para agente responsável e competente para fins de segurança pública ou persecução penal; consentimento prévio à transferência por país, o consentimento é dispensado somente em caso de ameaça à segurança pública quando não puder ser obtido em tempo hábil e deve ser informado à autoridade responsável em até 48 (quarenta e oito) horas; avaliação do procedimento em caso de transferência ulterior e a transferência não pode comprometer o nível de proteção das pessoas assegurados pela LGPD Penal.

Por fim, sobre a cooperação internacional no domínio da proteção de dados pessoais, os agentes devem adotar medidas que estabelecem procedimentos internacionais de cooperação para facilitar a transferência, prestar assistência mútua em matéria de aplicação de proteção de dados pessoais, associar as partes interessadas ao debate às atividades que visem promover a cooperação internacional e promover o intercâmbio do tema entre os países.

2. COMPARTILHAMENTO INTERNACIONAL DE DADOS EM PORTUGAL

O desenvolvimento do tema de proteção de dados pessoais em Portugal ocorreu de modo diverso que no Brasil. A Constituição portuguesa de 1976 já trazia a previsão da proteção de dados pessoais instituindo em seu art. 35[7] uma entidade administrativa responsável pela

[7] Artigo 35.º (Utilização da informática): "1. Todos os cidadãos têm o direito de acesso aos dados informatizados que lhes digam respeito, podendo exigir a sua retificação e atualização, e o direito de conhecer a finalidade a que se destinam, nos termos da lei. 2. A lei define o conceito de dados pessoais, bem como as condições aplicáveis ao

fiscalização dessa proteção em alteração realizada em 1997 .

Tratando-se de membro da União Europeia, Portugal transpôs em seu ordenamento interno a Diretiva 95/46/CE, do Parlamento Europeu, através da Lei 67/98, de 26 de outubro. A norma trazia as disposições relativas à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento dos dados pessoais e à livre circulação desses dados, no âmbito da União Europeia. A referida Diretiva foi revogada com a aprovação do Regulamento Geral de Proteção de Dados (Regulamento (UE) 2016/679). Dessa forma, a Lei portuguesa foi revogada, e entrou em vigor a Lei n.º 58/2019, que transpôs ao ordenamento interno o novo Regulamento Europeu.

No entanto, a referida norma não dispõe a respeito do tratamento de dados para persecução penal. Então, no mesmo ano ocorreu a transposição da Diretiva (UE) 2016/680 do Parlamento Europeu, que tem como escopo o tratamento de dados pessoais pelas autoridades competentes para efeitos de prevenção, investigação, detenção ou repressão de infrações penais ou execução de sanções penais e à livre circulação desses dados, através da Lei nº 59/2019.

A matéria de interesse do presente artigo encontra-se estipulada no Capítulo V do referido normativo, nos arts. 37 a 42, onde são tratados os requisitos e possibilidades de transferência de dados pessoais para países terceiros ou para organizações internacionais.

Semelhante ao projeto de Lei brasileiro, a norma portuguesa prevê a decisão de adequação, a apresentação de garantias adequadas e a aplicação de derrogações como hipóteses de validação da transferência internacional de dados pessoais.

Na hipótese de transferência realizada com base em uma decisão de adequação, a decisão é tomada pela Comissão Europeia, determinando que o país terceiro, território ou setores específicos desse país terceiro, ou a organização internacional em causa, assegurem um nível de proteção adequado para a realização da transferência. Nesta hipótese, a transferência dispensa uma autorização específica. Em caso de revogação, alteração ou suspensão da decisão de adequação, a transferência realizada não fica prejudicada.

Não havendo uma decisão de adequação, a transferência internacional dos dados pessoais pode ser realizada se tiverem sido apresentadas garantias adequadas no que diz respeito à proteção de dados pessoais mediante um instrumento juridicamente vinculativo, ou se o responsável pelo tratamento tiver avaliado todas as circunstâncias inerentes à transferência de dados pessoais e concluído que existem garantias adequadas no que diz respeito à proteção desses dados. Neste último caso, o responsável pelo tratamento deve informar os motivos das garantias adequadas à autoridade de controle, que pode pedir a comprovação documental dos

seu tratamento automatizado, conexão, transmissão e utilização, e garante a sua proteção, designadamente através de entidade administrativa independente. (...) ”

dados transferidos e da justificação de transferência.

A última hipótese para a realização da transferência, não havendo decisão de adequação e não sendo o caso das garantidas adequadas mencionadas anteriormente, é para os fins de: i) proteger os interesses vitais do titular dos dados ou de outra pessoa; ii) salvaguardar os legítimos interesses do titular dos dados; iii) prevenir uma ameaça imediata e grave contra a segurança pública de um Estado-Membro ou de um país terceiro; iv) em casos específicos, para a prossecução das finalidades da norma; ou v) em casos específicos, para declarar, exercer ou defender, no âmbito de um processo judicial, um direito relacionado com as finalidades da norma.

Nas previsões iv e v os dados pessoais não são transferidos se a autoridade competente para proceder à transferência considerar que os direitos, liberdades e garantias fundamentais do titular dos dados em causa prevalecem sobre as finalidades que motivam a transferência por interesse público. Nas hipóteses de derrogação, as transferências são limitadas aos dados estritamente necessários para a finalidade pretendida, e o responsável pelo tratamento deve documentar as informações pertinentes, que poderão ser requisitadas pela autoridade de controle.

Dessa forma, a norma estabelece que a transferência de dados pessoais só poderá ocorrer quando: i) a transferência for necessária para a prossecução das finalidades de prevenção, detenção, investigação ou repressão de infrações penais ou de execução de sanções penais, incluindo a salvaguarda e a prevenção de ameaças à segurança pública; ii) os dados pessoais forem transferidos para um responsável pelo tratamento no país terceiro ou na organização internacional competente; iii) no caso de os dados pessoais terem sido transmitidos ou disponibilizados por outro Estado-Membro, esse Estado tiver dado o seu consentimento prévio, sendo que a transferência sem o consentimento somente é permitida se for necessária para prevenir uma ameaça imediata e grave à segurança pública e o consentimento prévio não puder ser obtido em tempo útil, devendo a autoridade competente ser informada sem demora; iv) tiver sido adotada uma decisão de adequação, ou tiverem sido apresentadas garantias adequadas, ou forem aplicáveis as derrogações; v) no caso de uma transferência ulterior para um país terceiro ou para uma organização internacional, a autoridade competente que realizou a transferência inicial ou outra autoridade competente do mesmo Estado-Membro autorizar a transferência ulterior, após considerar a gravidade da infração penal, a finalidade para que os dados pessoais foram inicialmente transferidos e o nível de proteção no país terceiro ou na organização internacional para os quais os dados pessoais forem ulteriormente transferidos; e vi) a transferência não comprometer o nível de proteção das pessoas assegurado pela presente lei.

A legislação prevê, ainda, a possibilidade de que seja realizada a transferência de dados pessoais diretamente para destinatários estabelecidos em países terceiros, desde que: i) seja estritamente necessária a uma função desempenhada pela autoridade competente que efetua a transferência e prevista por lei; ii) a autoridade competente que efetua a transferência considerar que os direitos, liberdades e garantias fundamentais do titular dos dados em causa não prevalecem sobre as finalidades que exigem a transferência no caso em apreço; iii) a autoridade competente que efetua a transferência considerar que a transferência para uma autoridade competente no país terceiro se revela ineficaz por não ser possível efetuá-la em tempo útil; iv) a autoridade competente no país terceiro ser informada sem demora injustificada, a menos que tal se revele ineficaz ou inadequado; e v) a autoridade competente que efetua a transferência informe o destinatário da finalidade ou das finalidades específicas para as quais deve tratar os dados pessoais, desde que o tratamento seja necessário. Neste caso, a transferência deve ser documentada e informada à autoridade de controle.

Por fim, a norma traz a previsão de que cooperações internacionais também poderão ser realizadas para prestar assistência mútua, estabelecer procedimentos internacionais e promover o intercâmbio e a documentação da legislação e das práticas em matéria de proteção de dados pessoais.

CONCLUSÃO

É possível notar a inspiração do projeto brasileiro na legislação europeia, incorporando em seu texto disposições bastante semelhantes às disposições vigentes em Portugal, especificando de forma clara a possibilidade de compartilhamento de dados entre autoridades de países terceiros e em cooperação internacional.

Destacam-se as previsões de validação da transferência por decisão e adequação, apresentação de garantias, e hipóteses de derrogação, previsão comum às duas normas. Em ambos os textos também existe a previsão de possibilidade de transferência internacional de dados para destinatários específicos, sendo necessário cumprir os requisitos estabelecidos. E, por fim, as duas legislações apontam no sentido de incentivar a cooperação com outros países para estudar a legislação e as práticas relacionadas à proteção de dados pessoais.

Assim, caso o projeto brasileiro venha a ser aprovado com a essência do texto que foi apresentado, o normativo do Brasil assegurará proteção semelhante à proteção dada por Portugal aos dados pessoais no que tange ao seu compartilhamento internacional para fins de

segurança pública.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Anteprojeto da Lei de Proteção de Dados para segurança e persecução penal**.. Disponível em <https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/grupos-de-trabalho/56a-legislatura/comissao-de-juristas-dados-pessoais-seguranca-publica/documentos/outros-documentos/DADOSAnteprojetocomissaoprotecaodadossegurancapersecucaoFINAL.pdf>Acesso em ago. 2021.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em ago. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6387**. Relatora Ministra Rosa Weber. Disponível em: http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15344949214&ext=.pdf. Acesso em ago. 2021.

Comissão Nacional de Proteção de Dados. **Histórico da CNPD**. Disponível em: <https://www.cnpd.pt/cnpd/o-que-somos-e-quem-somos/historico-da-cnpd/#:~:text=Portugal%20reconhece%20a%20prote%C3%A7%C3%A3o%20de,35.%C2%BA%20da%20CRP).> Acesso em: ago. 2021.

DONEDA, Danilo. **Da privacidade à proteção de dados pessoais**: elementos da formação da Lei Geral de Proteção de Dados. 2ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

PORTUGAL. Constituição (1974). **Constituição da República Portuguesa**. Disponível em: <https://dre.pt/legislacao-consolidada/-/lc/34520775/view>. Acesso em ago. 2021.

PORTUGAL. **Lei n.º 58/2019 de 8 de agosto da Assembleia da República.** Disponível em: <https://dre.pt/pesquisa/-/search/123815982/details/maximized>. Acesso em: mai. 2021.

PORTUGAL. **Lei n.º 59/2019 de 8 de agosto da Assembleia da República**. Disponível em: <https://dre.pt/home/-/dre/123815983/details/maximized#:~:text=Lei%20n.%C2%BA%2059%2F2019,-Publica%C3%A7%C3%A3o%3A%20Di%C3%A1rio%20da&text=Sum%C3%A1rio%3A%20Aprova%20as%20regras%20relativas,27%20de%20abril%20de%202016.>. Acesso em ago. 2021.

CONSENTIMENTO E LGPD: DESAFIOS DIANTE DA HIPERVULNERABILIDADE DO CONSUMIDOR

CONSENT AND LGPD: CHALLENGES IN FACE OF CONSUMERS' HYPERVULNERABILITY

Alexandre Pereira Bonna[1]
Amanda de Moura Cañizo[2]
Giovana Ferreira Calzavara[3]

Resumo: o presente artigo objetiva analisar como a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (Lei n. 13.709/2018) conseguirá garantir o consentimento livre, expresso e informado em um cenário de hipervulnerabilidade do usuário-consumidor. Adota-se a metodologia hipotético-dedutiva, visto que o trabalho tem como escopo categorias jurídicas abstratas, como o consentimento e a hipervulnerabilidade, para posteriormente chegarmos à conclusão de como aquele se efetiva. O estudo evidencia importantes esforços de empresas em suas plataformas digitais, que explicam de forma acessível o tratamento de dados pessoais realizado, bem como possibilitam a escolha efetiva por parte do consumidor em relação à coleta dos seus dados. Tais esforços, como este artigo busca demonstrar, tentam coibir práticas comerciais abusivas recorrentes no meio digital, de forma a garantir a efetividade da aludida lei.

Palavras-chave: proteção de Dados Pessoais; hipervulnerabilidade do consumidor; consentimento; eficácia da LGPD; LGPD.

Abstract: the present article aims to analyze how the Personal Data Protection General Law (Law n. 13.709/2018) will be able to guarantee a free, expressed and informed consent in face of a hypervulnerable consumer-user. A hypothetical-deductive methodology has been adopted, given that the basis of this work lies with abstract legal categories, such as consent and hypervulnerability, in order to, posteriorly, arrive to the conclusion of how this right is made effective. The study shows important efforts taken by companies regarding the design of its digital platforms, in which they explain the processing of personal data performed in an accessible way, in addition to offering the consumer an effective choice with respect to their personal data collection. Such efforts, as this article seeks to demonstrate, try to impede abusive commercial practices recurring in the digital environment, aspiring to guarantee the effectiveness of the referred law.

Keywords: personal Data Protection; ponsumers' hypervulnerability; consent; LGPD's effectiveness; LGPD.

[1] Doutor em Direito pela Universidade Federal do Pará - UFPA com sanduíche pela *University of Edinburgh*, Professor de graduação e pós-graduação do Centro Universitário do Estado do Pará – CESUPA e da FACI-WYDEN. Advogado-Sócio do Escritório Coelho de Souza.
[2] Acadêmica de Direito no Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa (IDP) de Brasília. Bolsista de Iniciação Científica (PROIC/2021) e integrante do Grupo de Estudos em Direito Internacional Privado e União Europeia na mesma Instituição. Estagiária jurídica na Joyce Dias Advocacia.
[3] Acadêmica de Direito pelo Centro Universitário do Estado do Pará – CESUPA. Estagiária jurídica na Malcher e Pedrosa Advocacia e no Escritório Barroso e Baidek.

Sumário: Introdução. 1. A importância e o cabimento da LGPD. 2. Obtenção do consentimento. 3. Vulnerabilidade nas relações de consumo informacionais 4. Como efetivar o consentimento diante da hipervulnerabilidade do consumidor nas plataformas digitais (aplicativos e plataformas de busca). Conclusão.

INTRODUÇÃO

Sabe-se que com o enorme avanço tecnológico experimentado pela humanidade ao longo dos últimos séculos, foi possível a construção da chamada "sociedade da informação", que recorre ao intenso uso da tecnologia e da inteligência artificial para a coleta, armazenamento, tratamento e manipulação de dados pessoais, os quais são informações que nos diferenciam na sociedade e que estão na esfera privada, como o número do celular, endereço, CPF, conta bancária, preferências, gostos, buscas recentes, compras, etc.

Antes da Lei Geral de Proteção de Dados (Lei n. 13.709/2018), embora existissem diplomas normativos de proteção da privacidade e dos dados pessoais, como a Constituição Federal de 1988, o Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078/1990) e o Marco Civil da Internet (Lei n. 12.965/2014), não havia uma lei própria para regular a temática de forma completa, estabelecendo os requisitos para o tratamento de dados pessoais, criando órgãos para efetivar e fiscalizar o respeito aos dados pessoais, etc.

Portanto, seguindo a tendência de outros países, como o México, os EUA e os membros da União Europeia, o Brasil editou a sua LGPD, a qual passou a ter vigência no dia 16/08/2020, com a ressalva apenas em relação ao início de vigência das sanções administrativas, que só começarão a valer no dia 01/08/2021. Embora se saiba que a LGPD possui aplicabilidade para qualquer relação jurídica envolvendo pessoas naturais e/ou jurídicas, é no campo das relações de consumo – que são marcadas pela vulnerabilidade do adquirente de produtos e serviços – que se manifesta o ponto mais sensível de efetividade da referida lei, haja vista que um dos aspectos mais importantes advindos com a nova lei é o consentimento livre, expresso e informado (art. 5º, XII e art. 7º, I, da LGPD) previamente ao armazenamento e tratamentos dos dados do titular.

Nessa linha, considerando que há muitas práticas comerciais abusivas que violam a liberdade do consumidor (como a venda casada), assim como o seu direito a informações claras e acessíveis, somado a um exército de pessoas hipervulneráveis (os idosos, as crianças, os analfabetos, pessoas com deficiência mental, pessoas com saúde debilitada e pessoas sem

conhecimento mínimo de tecnologias), há um grande potencial de inefetividade da aludida lei, se não for objeto de maiores reflexões.

Diante desse contexto, surge o problema de pesquisa do presente artigo, que tem como questão básica: como é possível efetivar o consentimento livre, expresso e informado diante de um cenário de hipervulnerabilidade? Como questões secundárias: a) qual o conteúdo jurídico do consentimento livre, expresso e informado? b) Qual o conceito e a incidência da chamada hipervulnerabilidade? c) Qual a forma mais adequada para requerer o consentimento do consumidor?

A relevância em investigar o referido problema de pesquisa está no fato de que ainda não há jurisprudência sólida e farta sobre os contornos hermenêuticos para o consentimento. Ademais a Autoridade Nacional de Proteção de Dados foi recém criada e ainda não manifestou o seu poder regulamentar, que envolverá diretivas para auxiliar o integral cumprimento da lei. Por fim, é imprescindível realizar um cotejo entre o diploma de proteção do consumidor e o seu pilar da vulnerabilidade com os desafios advindos com a LGPD.

A pesquisa tem como objetivo geral investigar como é possível efetivar o consentimento livre, expresso e informado diante de um cenário de hipervulnerabilidade. Como objetivos específicos refletir sobre o conteúdo jurídico do consentimento livre, expresso e informado, aprofundar o conceito e a incidência da chamada hipervulnerabilidade, assim como desbravar qual a forma mais adequada para requerer o consentimento do consumidor.

O método que será utilizado no presente artigo será o hipotético-dedutivo, haja vista que o trabalho irá partir de categorias jurídicas abstratas (consentimento, hipervulnerabilidade) para alcançar conclusões mais particularizadas (como efetivar o referido aspecto no campo da hipervulnerabilidade).

1. A IMPORTÂNCIA E O CABIMENTO DA LGPD

O maior caso de vazamento de dados da história ocorreu em 2013, na plataforma de busca e rede social *Yahoo!*, comprometendo as informações pessoais de três bilhões de usuários, incluindo senhas, e-mails, telefones celulares, respostas às perguntas de segurança, e mais.[4]

Quase metade da população mundial foi atingida pelo ataque cibernético, e levando em consideração a quantidade de usuários que utilizam as demais redes sociais (instagram,

[4] Disponível em: < https://link.estadao.com.br/noticias/cultura-digital,invasao-de-hackers-afetou-todos-os-3-bilhoes-de-usuarios-do-yahoo,70002026724>. Acesso em 10 dez 2020.

facebook, whastapp), estes números poderiam ter sido ainda mais expressivos. Nessa linha, a proteção de dados pessoais nunca foi um tópico tão sensível e importante quanto hoje.

Na Era Informacional, percebemos um maior intercâmbio de informações[5], seja entre particulares, entre particular e Estado ou particular e empresa. Decerto que a preocupação do direito neste novo modelo econômico, cujo objeto mais valioso se tornou o dado pessoal (*data-driven economy*), seria proteger o indivíduo na relação em que se encontra mais vulnerável, *i.e.*, frente à empresa (enquanto consumidor) ou ao Estado (enquanto cidadão).

No tocante à atividade empresarial que se volta à coleta de dados pessoais, nota-se um cenário de monopólios e oligopólios[6], que até recentemente não era regulado nem respondia a uma autoridade central em muitos países. Esta lacuna jurídica permitiu a ocorrência de, por exemplo, "ofertas personalizadas" (*personalized offerings*), pelas quais uma empresa poderia coletar os dados pessoais de um indivíduo e ofertar preços diferentes, baseado no local onde mora, nas compras que regularmente faz, em quantas pessoas compõem o núcleo familiar, etc. Nesta senda, a empresa *Staples* já ofertou preços com desconto em áreas que houvesse lojas rivais a um raio de 32km de distância da localização do cliente; a empresa *Office Depot* admitiu ter usado o histórico de busca de seus consumidores bem como suas localizações para determinar o preço de suas ofertas; e a empresa aérea *Orbitz* ficou famosa em 2012 quando se descobriu que ofertava passagens a preço mais alto para usuários da *Apple* do que para usuários *Microsoft*.[7]

> Por mais que ainda não seja possível compreender a total extensão do poder econômico, político e social que decorre dos dados e da sua utilização, já se percebe quão grande ele pode ser. Daí a afirmação de Alec Ross de que as escolhas sobre como vamos gerenciar e administrar os dados na atualidade são tão importantes quanto as decisões sobre o gerenciamento da terra durante a Era Agrícola ou da indústria durante a Era Industrial (FRAZÃO; TEPEDINO; OLIVA, 2020, p. 25).

Dito isso, a regulamentação dos dados surge não só como um importante mecanismo antitruste (em relação aos monopólios e oligopólios formados no mercado tecnológico), mas também como um instrumento de proteção do consumidor hipervulnerável (conceito que será debatido mais à frente no artigo).

---

[5] Tendo o fenômeno do *Big Data* e do *Big Analytics* permitido um processamento de dados em maior escala, mais célere e mais eficaz.

[6] O *Facebook, e.g.*, é uma empresa que detém os quatro aplicativos mais baixados da década; o *Google* compõe 92% das ações do mercado de ferramenta de buscas.

[7] Disponível em: <https://www.theguardian.com/commentisfree/2016/dec/06/cookie-monsters-why-your-browsing-history-could-mean-rip-off-prices>. Acesso em 10 dez 2020.

> Nesse diapasão, "certamente se compreenderá melhor o papel e o alcance da Lei Geral de Proteção de Dados e da sua missão de encontrar um equilíbrio entre inovação e eficiências econômicas, por um lado, e preservação dos direitos dos indivíduos e da própria sociedade, por outro" (FRAZÃO; TEPEDINO; OLIVA, 2020, p. 25).

Criada com vistas a regular o processamento de dados pessoais, é mister, primeiramente, definir o que a lei a entende por "dado pessoal". Em seu artigo 5º, I, a lei conceitua dado pessoal como "informação relacionada a pessoa natural identificada ou identificável". Isto posto, pode se extrair desse dispositivo que estarão sujeitos à LGPD os dados identificados e pseudonimizados[8], mas não os dados anonimizados (v. art. 5º, III, LGPD).

Insta salientar que a lei também trata sobre o "dado pessoal sensível" como "dado pessoal sobre origem racial ou étnica, convicção religiosa, opinião política, filiação a sindicato ou a organização de caráter religioso, filosófico ou político, dado referente à saúde ou à vida sexual, dado genético ou biométrico, quando vinculado a uma pessoa natural" conforme exposto em seu artigo 5º, II.

Partindo dessa premissa, cabe à LGPD regular esse tratamento[9] realizado por pessoa natural ou por pessoa jurídica de direito público ou privado, independentemente do meio[10], do país de sua sede ou do país onde estejam localizados os dados (v. art. 3º, LGPD), desde que a operação de tratamento seja realizada no território nacional (v. art. 3º, I, LGPD), a atividade de tratamento tenha por objetivo a oferta ou o fornecimento de bens ou serviços ou o tratamento de dados de indivíduos localizados no território nacional (v. art. 3º, II, LGPD) ou os dados pessoais objeto do tratamento tenham sido coletados no território nacional (art. 3º, III, LGPD).

Por sua vez, a LGPD não se aplica ao tratamento de dados pessoais realizado por pessoa natural para fins exclusivamente particulares e não econômicos[11] (v. art. 4º, I, LGPD); para fins exclusivamente jornalísticos e artísticos[12] (v. art. 4º, II, "a", LGPD) ou acadêmicos (v. art. 4º,

---

[8] São aqueles que não podem ser atribuídos a um titular específico sem recorrer a informações suplementares, e desde que essas informações suplementares (i) sejam mantidas separadamente; (ii) e estejam sujeitas a medidas técnicas e organizativas para assegurar que os dados pessoais não possam ser atribuídos a uma pessoa singular.

[9] "Tratamento: toda operação realizada com dados pessoais, como as que se referem a coleta, produção, recepção, classificação, utilização, acesso, reprodução, transmissão, distribuição, processamento, arquivamento, armazenamento, eliminação, avaliação ou controle da informação, modificação, comunicação, transferência, difusão ou extração" (v. art. 5º, X, LGPD).

[10] Desta feita, o meio pode ser físico ou digital, embora a lei tenha sido desenvolvida em um cenário preocupado precipuamente com o consumidor digital e o mercado de *Big Techs*.

[11] Um indivíduo pode receber diversos dados em uma conversa, *e.g.*, inclusive dados sensíveis, mas alguma violação à esfera íntima da pessoa neste cenário ensejaria o pedido de danos morais (v. art. 186, CCB), mas não incidiria a LGPD.

[12] Vale aqui ressaltar que a LGPD só não incidirá na atividade jornalística por excelência, mas poderá incidir sobre a atividade empresarial. *I.e.*, a LGPD pode incidir sobre empresa jornalística que monitore o padrão de comportamento dos usuários em seu site, que manuseie os dados pessoais dos usuários para fins comerciais. De igual modo a LGPD incidirá caso tal empresa forme banco de dados de seus usuários cuja destinação não esteja clara quanto ao uso, *e.g.*

II, “b”, LGPD); para fins exclusivos de segurança pública (v. art. 4º, III, “a”, LGPD), defesa nacional (v. art. 4º, III, “b”, LGPD), segurança do Estado (v. art. 4º, III, “c”, LGPD) ou atividades de investigação e repressão de infrações penais (v. art. 4º, III, “d”, LGPD); bem como a LGPD não se aplica aos dados pessoais provenientes de fora do território nacional e que não sejam objeto de comunicação, uso compartilhado de dados com agentes de tratamento brasileiros ou objeto de transferência internacional de dados com outro país que não o de proveniência, desde que o país de proveniência proporcione grau de proteção de dados pessoais adequado ao previsto na Lei (v. art. 4º, IV, LGPD).

Como visto, a LGPD não se aplica somente às relações jurídicas de consumo, nem tampouco as relações travadas no meio digital. Porém, em harmonia com o objeto do artigo, a presente pesquisa irá se debruças apenas sobre as nuances da aplicação da lei no âmbito consumerista, como explicado na introdução.

2. OBTENÇÃO DO CONSENTIMENTO

Destarte, cumpre analisar o art. 7º, I, da LGPD, segundo o qual uma das formas de legitimação para uso de dados pessoais por agentes de tratamento é mediante o fornecimento de consentimento prévio pelo titular, não se contentando com qualquer tipo de concordância, pois o artigo 5º, XII, reza que o consentimento nos moldes da lei deve se dar por uma manifestação de vontade livre, informada, inequívoca e, por vezes, específica e destacada.

Frise-se que o que é garantido ao titular não é o consentimento em si, mas sim o uso legítimo, transparente e seguro de seus dados, que pode ou não ser realizado mediante a coleta do consentimento a depender da situação apresentada.

Neste sentido, consentir se tornou tarefa difícil em uma sociedade onde temos como mola propulsora a extração de dados pessoais, os quais cada vez mais estão sendo considerados o novo petróleo da economia. Tal assertiva, encontra embasamento no comportamento de entidades denominadas como *Data Brokers*[13], que nada mais fazem do que coletar, processar e vender informações a terceiros, muitas vezes sem interação prévia e/ou conhecimento de seus titulares.

[13] Empresa que coleta, armazena, processa, “enriquece” (com mais variáveis e classificações) dados e os vende para diversos fins. Disponível em: <https://tarciziosilva.com.br/blog/voce-sabe-o-que-sao-data-brokers-quem-te-classifica-e-define-seus-escores-de-credito/>. Acesso em 15 jan. 2021.

Importante salientar que se fala em extração, de maneira cirúrgica, vez que segundo a professora Shoshana Zuboff (2019, p. 17-25 apud FRAZÃO; TEPEDINO; OLIVA, 2020, p. 28) "(...) esta expressão traduz, de forma mais fidedigna, a circunstância de que os dados são normalmente retirados de seus titulares sem o seu consentimento, sem a sua ciência e sem a devida contrapartida". De origem do Latim *Extrahere*, que no português se traduz como "retirar para fora", torna-se preocupante que na sociedade atual a circulação de dados careça de uma aquiescência inequívoca e consciente.

Conforme destaca Bruno Bioni (2021), o consentimento é o vetor central para a coleta de dados até hoje, sendo certo que este subentende um protagonismo do indivíduo, premissa contraditória diante de sua vulnerabilidade diante do meio informacional, como será demonstrado adiante.

Consentir, no sentido em que a LGPD nos aponta, trata-se de um momento de autodeterminação informativa[14], onde o particular faz a manifestação expressa de sua vontade orientando onde, quando, por quem e com qual finalidade suas informações serão utilizadas. Neste sentido, é notória a busca não mais por um consentimento implícito (onde os indivíduos por meio de determinados comportamentos são levados a uma estante de consentimento – a exemplo disso, temos casos onde os titulares preenchem as lacunas de *pop up* que constam com extensos contratos em reduzidas letras e que se assinam com um toque), mas sim a um consentimento informado (entendido de forma restrita) como maneira de antecipação de riscos de violação à privacidade e busca por um caráter preventivo.

De informado, extraímos que se fazem necessários instrumentos de conhecimento acessível que proporcionem aos sujeitos destes dados entendimento eficaz acerca do que estão permitindo que seja feito com suas informações. Instrumentos estes, que sirvam como meios de auxílio que lhes garantam poder de discernir quais suas variáveis no momento de decisão. Também devem ser garantidas, segundo o artigo 18, VIII, da LGPD, informações sobre a possibilidade de não ser fornecido o consentimento e quais as consequências de tal negativa.

Mister destacar que, inclusive em caso de o titular entender por efetuar o fornecimento de seus dados pessoais, este deve ser advertido sobre a possibilidade de revogá-lo mediante manifestação expressa, do modo mais acessível possível, assim como de forma gratuita, (v. art. 18, IX, LGPD).

[14] Surge, na terceira geração de leis de proteção de dados pessoais, o conceito de *autodeterminação informativa*, trazido pela decisão do Tribunal Constitucional Alemão a respeito da Lei do Recenseamento de População, Profissão, Moradia e Trabalho de 1982 e presente no art. 2º, II, da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais – LGPD (Lei nº 13.709/2018), de modo a garantir ao indivíduo proteção, a partir da necessidade de prévio consentimento do titular para a coleta, armazenamento e tratamento de informações pessoais.

Isto posto, não é passível de esquecimento o fato de que nos encontramos em uma era de globalização, na qual se nota uma mundialização de conteúdo e de acesso ao mesmo, mas que em contrapartida em nosso País ainda se esbarra com focos de subdesenvolvimento notório. Dito isso, os meios de assessoria devem ter formatação equivalente com esta realidade, posto que a mesma não pode ser usada em desfavor dos indivíduos que dela fazem parte. Seguindo nesta lógica, no artigo 8ª, parágrafo 2º do diploma supracitado, o legislador dispõe que:

> § 2º Cabe ao controlador o ônus da prova de que o consentimento foi obtido em conformidade com o disposto nesta Lei.

Nesta esteira, a finalidade na qual cada base de dado será utilizada é condição *sine qua non* para um consentimento efetivo. Aliado a isso, a Lei nº 13.709/2018 alinha que todos os fins para os quais o controlador dos dados fornecidos queira utilizar estes elementos, devem ser claramente delimitados e em quantidade satisfatória ao titular de maneira prévia ao consentimento, visto que, na ausência da determinação de qualquer objetivo haverá a necessidade de apresentação de novo instrumento visando aceite. A norma ainda adverte em seu artigo 8º, parágrafo 4º:

> § 4º O consentimento deverá referir-se a finalidades determinadas, e as autorizações genéricas para o tratamento de dados pessoais serão nulas.

Sob esta perspectiva, a exteriorização de vontade deve ser feita de maneira expressa por parte do titular dos dados, adquirindo assim a conotação de inequívoca. Tal expressão, tem que encontrar forma na qual não restem dúvidas de que o titular está concordando com aquela utilização. Desta forma, a LGPD elenca que este ato de escolha deve ser feito de maneira escrita ou por outro meio que demonstre a manifestação de vontade do titular (por exemplo: áudio, vídeo). Sendo que, caso a forma escolhida seja a escrita, deve esta constar em cláusula destacada das demais. Infere-se, portanto, que na omissão do titular, não mais podem ser retiradas conclusões de consentimento, mas tão somente de seus atos feitos de maneira positivada.

Demais disso, no que tange ao adjetivo livre, este busca efetivar um consentimento granular, de modo que as autorizações do indivíduo devem ser, o máximo possível, fragmentadas quanto ao fluxo de seus dados pessoais. Interessante observar que “o leque de opções dessas ferramentas oxigena processos de tomadas de decisões antes sufocados pela lógica binária *take-it* ou *leave-it*” (BIONI, 2021, p. 278).

Isso acaba por ampliar seu poder de barganha, ainda que o fornecimento de certos dados pessoais possa ser uma condicionante para o acesso a algum produto ou serviço. Nesse cenário,

“o cidadão deve ser informado a esse respeito e sobre os meios pelos quais ele pode exercer seus direitos, dentre os quais a revogação do consentimento.” (BIONI, 2021, p. 279).

Ademais, há de se salientar que o caráter livre da manifestação de vontade é tamanho, que pode vir a ser revogado a qualquer momento, sem necessidade de motivação alguma. Sendo este, realizado por procedimento isento de custos e que tenha a forma mais facilitada possível a realidade do titular. Este entendimento é reiterado, pelo artigo 8, parágrafo 5º do mesmo diploma legal supramencionado:

> § 5º O consentimento pode ser revogado a qualquer momento mediante manifestação expressa do titular, por procedimento gratuito e facilitado, ratificados os tratamentos realizados sob amparo do consentimento anteriormente manifestado enquanto não houver requerimento de eliminação, nos termos do inciso VI do caput do art. 18 desta Lei.

Somado a isso, no que tange ao tratamento de dados pessoais sensíveis (v. art. 11, I, da LGPD), o consentimento ainda ganha mais dois requisitos, quais sejam: ser destacado e específico.

Como destacado, faz-se necessário que o consentimento seja garantido de forma separada. Sendo assim, corporificado em instrumento *a priori*[15] apartado das demais cláusulas contratuais[16].

No que tange a ser específico, este exige mais assertividade do titular, *i.e.*, uma carga participativa maior. Neste sentido, a LGPD impõe este requisito nas hipóteses de envolvimento de terceiros sem relação direta com o titular (v. art. 7º, §5º); condição de vulnerabilidade do titular (v. art. 14, §1º); transferência internacional para país sem mesmo nível de do Brasil (v. 33, VIII). Dentre as quais, interessa ao presente artigo a condição de vulnerabilidade do titular, no que se entende crianças e adolescentes; caso em que o consentimento também deverá ser fornecido em destaque pelos pais.

Por fim, diante de todos os elementos que devem ser considerados para que o consentimento seja outorgado de forma válida, mostra-se relevante a análise da hipervulnerabilidade – a qual será objeto de análise minuciosa no tópico seguinte – do fornecedor do dado frente ao operador do mesmo, como maneira de garantir que a disponibilização ocorra sem embaraços.

---

[15] A forma pela qual isto será garantido na internet ainda carece de um maior posicionamento pela ANPD, no sentido de definir se será feito por meio de texto em negrito, se haverá necessidade de oferecimento de outra *checkbox* ou se será disponibilizado em tópico próprio da política de privacidade, por exemplo.

[16] O consentimento destacado aparece em 4 ocasiões na LGPD: (i) para consentimento por escrito de dados pessoais (art. 8º, § 1º); (ii) para dados sensíveis (art. 11, I); (iii) para transferência internacional de dados pessoais (art. 33, II, "a"); e (iv) para coleta de dados de crianças e adolescentes (art. 14, §1º).

3. VULNERABILIDADE NAS RELAÇÕES DE CONSUMO INFORMACIONAIS

Tendo em vista que o objeto da pesquisa diz respeito aos desafios de efetividade do consentimento diante da vulnerabilidade do consumidor no meio informacional, especificamente diante de plataformas digitais mantidas por particulares, é importante registrar que o Poder Privado é tão ou mais ameaçador que o Poder Público em matéria de violação de direitos. Nesse sentido:

> Em razão das modificações sociais e da evolução tecnológica, a discussão sobre os danos causados pelo processamento e fluxo de dados na sociedade não se restringe mais à ameaça do enorme poder do Estado, expresso na figura do "Big Brother" de Orwell, mas abrange hoje também o setor privado, que utiliza massivamente dados pessoais para atingir os seus objetivos econômicos (MENDES, 2014, p. 83).

As modificações sociais citadas *supra* se referem à passagem ocorrida na década de 70, de uma economia voltada para produção em massa para a "economia da informação pessoal" ou da "massa customizada"[17]. Este novo modelo econômico é flexível e se pauta na customização da oferta, de modo que as empresas passam a investir em uma produção e em um *marketing* personalizados para cada consumidor. Isto é, "adquirem a capacidade de ofertar produtos especializados, singularizados e altamente qualificados, em função do mercado e do consumidor, bem como de direcionar-lhe a sua publicidade" (MENDES, 2014, p. 89).

Ocorre que, para atingir estes objetivos, a coleta de dados pessoais é essencial, e, sob esta perspectiva, reitera-se que o novo insumo de produção se tornou o dado pessoal, possibilitando o estabelecimento de um imperativo de vigilância no mercado.

> Antigamente, o termo vigilância era utilizado para se referir a fenômenos específicos de controle, relacionados a investigações policiais e a serviços de inteligência governamentais. Atualmente, com o enorme processamento de dados pessoais pelas empresas para a análise detalhada e tomada de decisão, a vigilância tornou-se uma característica do cotidiano na sociedade contemporânea. (...) A consequência disso é a classificação das pessoas em categorias de acordo com a avaliação de seus riscos e a discriminação do acesso a determinados bens e serviços, de modo a afetar significativamente as suas chances de vida (MENDES, 2014, p. 91).

[17] Isso ocorreu porque "o modo de produção de massa mostrou-se instável diante de variações abruptas do mercado, pois, em razão do grande investimento inicial necessário, quaisquer interrupções ou diminuições bruscas na produção poderiam causar grande prejuízo. O modelo flexível, por outro lado, mesmo em contextos instáveis, permite a manutenção do nicho produtivo, a adaptabilidade às demandas e às variações do mercado e a utilização plena da linha de produção implantada, em razão de sua produção flexível" (MENDES, 2014, pp. 86 e 87).

A empresa Decolar.com, por exemplo, foi condenada, em 2018, ao pagamento de R$ 7.500.000,00 (sete milhões e quinhentos mil reais) por praticar *geopricing* e *geoblocking* ao diferenciar o preço de acomodações e negar oferta de vagas existentes em razão da localização geográfica do consumidor. Houve ainda, neste caso, discriminação de oferta com base na etnia do consumidor, visto que a empresa favoreceu argentinos em detrimento de brasileiros.[18]

Tais práticas são consideradas abusivas e causam desequilíbrio no mercado e nas relações de consumo, sendo vedadas pelo art. 39, IX e X, do CDC. Ademais, como o consumidor teve suas oportunidades diminuídas em razão de informações armazenadas em bancos de dados e utilizadas de forma discriminatória, se o caso em apreço tivesse ocorrido sob a vigência da LGPD, estaria em violação direta ao artigo 6º, IX, que prevê a não-discriminação como um princípio a nortear as atividades de tratamento de dados pessoais.

Sob esta perspectiva, a relação jurídica de consumo poderá ser definida como aquela firmada entre consumidor e fornecedor, a qual possui como objeto a aquisição de um produto ou a contratação de um serviço (BOLZAN, 2014, p. 49).

No campo dos dados pessoais, esta relação estará configurada quando do oferecimento de informações pessoais do consumidor aos fornecedores de serviços no mercado de consumo na forma de destinatários finais, seja mediante aceite de termos de uso, políticas de privacidade, ou pelo preenchimento de cadastros para realização de compras ou criação de perfis.

Em tal conjuntura, assim como em qualquer das relações de consumo, o consumidor se encontra na figura de parte vulnerável, sendo certo que a compreensão deste princípio "(...) é pressuposto para o correto conhecimento do Direito do consumidor e para a aplicação da lei, de qualquer lei, que se ponha a salvaguardar o consumidor" (MORAES, 2009, p. 13).

Com efeito, há tempos não se pode falar mais no poder de barganha antes presente entre as partes negociais, nem mesmo em posição de equivalência nas relações obrigacionais existentes na sociedade de consumo (TARTUCE; ASSUMPÇÃO, 2015, p. 62).

Isto posto, em razão de ser característica tão evidente, acabou-se por chegar em subespécies de vulnerabilidade, dentre as quais: (i) a vulnerabilidade técnica, a qual é demonstrada pela carência de conhecimento técnicos do consumidor sobre o produto ou serviço ofertado, sendo de monopólio do fornecedor a totalidade das informações acerca dos bens vendidos ou do serviço prestado; (ii) a vulnerabilidade jurídica ou científica, em que percebemos a carência do consumidor de conhecimentos jurídicos técnicos, o que lhe dificulta

[18] BRASIL. *Decolar.com é multada por prática de geo pricing e geo blocking*. Disponível em: <https://www.justica.gov.br/news/collective-nitf-content-51>. Acesso em: 10 dez. 2020.

entender cláusulas de contratos e discutir os termos em uma posição de paridade, bem como, no âmbito jurisdicional, uma vulnerabilidade pela habitualidade da litigância de que goza o fornecedor; (iii) a vulnerabilidade fática, segundo a qual uma circunstância torna o consumidor vulnerável, podendo ser econômica ou concorrencial; e, por último, (iv) a vulnerabilidade informacional, configurada pelos sistemas informatizados, pela posição desigual do consumidor diante da linguagem hermética das máquinas.

Neste sentido, Fabrício Bolzan (2014, p. 168) leciona:

> Quer a vulnerabilidade informacional seja considerada como modalidade autônoma de vulnerabilidade, quer como subespécie da vulnerabilidade técnica, o importante é deixar bem clara a sua relevância no mundo contemporâneo, em que o consumidor é constantemente persuadido em sua liberdade de opinião pelas técnicas agressivas da oferta e por ser o fornecedor o manipulador e conhecedor dessas informações, evidenciando uma relação completamente díspar e merecedora da proteção do mais frágil também no aspecto da informação.

Como se observa, "a vulnerabilidade do consumidor nesse processo de coleta e tratamento de dados pessoais é tão patente que se cunhou a expressão 'consumidor de vidro' para denotar a sua extrema fragilidade e exposição no mercado de consumo (...)" (MENDES, 2014, p. 93), à medida que suas informações pessoais passam a determinar as suas oportunidades de vida.

E, mesmo que respeitada a LGPD (porquanto pensada como um instrumento jurídico para diminuir tal vulnerabilidade), o consumidor ainda enfrenta desafios na compreensão de como se dará o tratamento de seus dados pessoais, pois de nada adianta a transparência formal se não for, de fato, clara, precisa e facilmente acessível (v. art. 6º, VI, LGPD), especialmente em relação aos consumidores hipervulneráveis (*i.e.*, aqueles consumidores que são também hipossuficientes, nos termos do art. 39, IV, do CDC: os idosos, as crianças, os analfabetos, os pessoas com deficiência mental, pessoas com saúde debilitada, e, especificamente no campo digital, defende-se neste artigo, a inclusão daqueles sem conhecimentos mínimos de informática/internet).

A hipervulnerabilidade é a situação social fática e objetiva de agravamento da vulnerabilidade da pessoa física consumidora, por circunstâncias pessoais aparentes ou conhecidas do fornecedor (SCHMITT, 2014, p. 233), que geram a necessidade de oferecer maior proteção a estes indivíduos, inclusive no meio digital. Neste sentido:

> O modus de vida atual não deixa margem de dúvidas acerca das dificuldades desses sujeitos de direitos, ante a potencialização de lesões aos seus interesses, advindas do crescimento do comércio eletrônico e do incremento do ambiente virtual na vida de relação, onde a velocidade das mudanças impõe barreira quase intransponível àqueles

> dotados de uma natural fragilidade física, psicológica ou até mental (SCHWARTZ, 2016).

É comum, por exemplo, instituições financeiras obterem acesso ao banco de dados do INSS com vistas a oferecer empréstimo consignado a recém-aposentados de maneira imprecisa e irregular. Como efeito disso, o INSS editou a instrução normativa nº 100, impedindo o contato de instituições financeiras com aposentados nos primeiros 180 dias contados da concessão do benefício, bem como inaugurou uma força-tarefa, com o apoio da Polícia Federal e do Ministério Público Federal, para apurar como estaria ocorrendo este vazamento de dados.[19]

Na Inglaterra, em janeiro de 2020, houve um dos maiores vazamentos de dados governamentais da história do país, no *Department of Education* (Ministério da Educação) 28 milhões de crianças tiveram seus nomes, idades e endereços compartilhados com empresas de apostas *online*, que utilizaram estes dados para aumentar o número de apostadores jovens em suas plataformas ilegalmente. [20]

À luz dos exemplos expostos, reitera-se a situação especialmente vulnerável em que estas pessoas se encontram no mercado atual, sendo imperativo, em especial, que os comércios eletrônicos desenvolvam suas plataformas pensando nos consumidores hipervulneráveis, de modo a promover a inclusão destes indivíduos no mercado digital com acuidade.

4. COMO EFETIVAR O CONSENTIMENTO DIANTE DA HIPERVULNERABILIDADE DO CONSUMIDOR NAS PLATAFORMAS DIGITAIS (APLICATIVOS E PLATAFORMAS DE BUSCA)

Como visto *supra*, diversos empecilhos podem dificultar que o consumidor exerça o consentimento, desde características pessoais (como é o caso dos consumidores hipervulneráveis) a pressões sociais (à medida que, conforme indaga Laura Schertel Mendes (2014, p. 41), “o exercício de sua privacidade informacional requer abdicar de facilidades do mercado de consumo") ou a falhas na prestação de informações por parte da empresa.

Nesse cenário, perceptível a necessidade de se tratar as medidas de proteção de dados adotadas no meio digital, porquanto latente a complexidade que permeia o fluxo das informações coletadas neste âmbito. Nesta tônica, Bruno Bioni apresenta a pesquisa *Mental*

[19] Disponível em: < https://gauchazh.clicrbs.com.br/grupo-de-investigacao/noticia/2019/05/origem-do-acesso-a-informacoes-sigilosas-de-aposentados-provoca-duvidas-cjvhbnqdr02s001ma7siuce80.html>. Acesso em: 16 dez. 2020.

[20] Disponível em: < https://www.dailymail.co.uk/news/article-7904287/Betting-firms-granted-access-database-28-MILLION-children.html>. Acesso em: 16 dez. 2020.

Models, realizada pelas universidades de *Stanford* e *Carnegie Mellon*, por meio da qual se extrai que "64% dos entrevistados consideraram ser invasiva a vigilância sobre as suas as atividades *online*" (2021, p. 242).

A partir dessa constatação, o presente artigo propõe apresentar formas através das quais as empresas poderão mitigar a vulnerabilidade do consumidor no meio digital e promover a manifestação de um consentimento adequado às previsões trazidas pela LGPD[21].

No que toca à coleta de dados realizada por *websites*, o primeiro termo que virá à mente de muitos usuários é, por certo, de difícil compreensão – os *cookies*, cada vez mais conhecidos. Em uma pesquisa citada pelo autor Bruno Bioni (2021, p. 250-252), conduzida pela Universidade de Bochum, constatou-se um aumento exponencial no uso de avisos de *cookies* desde a implementação da GDPR, na Europa. Na mesma pesquisa, chegou-se à conclusão de que a maioria dos sites: não ofertavam opções de recusa de coleta de dados (recusa do uso de *cookies*), não fragmentavam opções para o consentimento de coleta de dados distintos (*cookies* funcionais, de marketing, etc.), as opções utilizavam um modelo *opt-out*, bem como tanto o *layout* quanto a escrita da página eram de difícil compreensão.

Sobre o tema, pode-se partir, primeiramente, de um desenho simples de coleta de dados pessoais, sendo estes não sensíveis e dos quais seja necessária a manifestação do consentimento do usuário na plataforma de busca.

Assim sendo, ressalte-se que, para que o consentimento exercido pelo consumidor seja inequívoco (v. art. 5º, XII, LGPD), a empresa não poderá tratar os dados do titular automaticamente, sem sua manifestação expressa. Na esfera digital, por exemplo, se o usuário não clicar no botão de aceite de *cookies* e permanecer navegando no *site*, esse ato não configura uma espécie de "consentimento tácito", vez que não é abarcado pela lei. Da mesma sorte que uma plataforma que colocasse o aceite prévio do usuário (configurando opção *opt-out*) em seus termos de uso estaria em desacordo com a previsão legal.

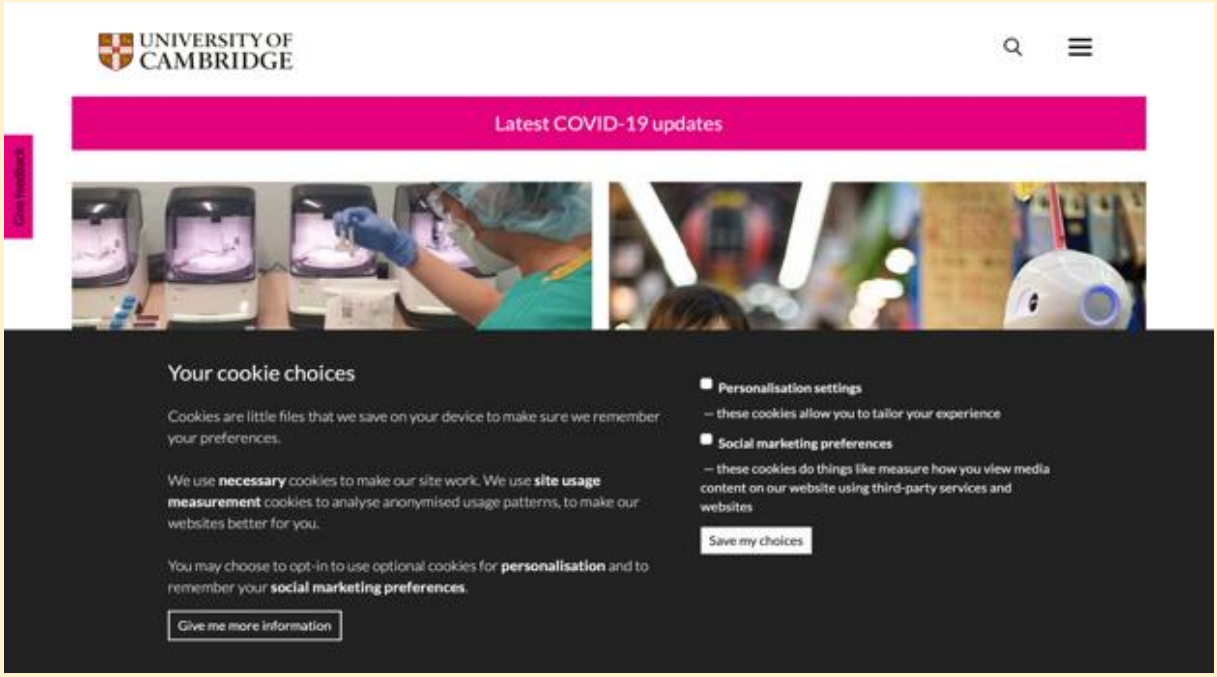
No mais, concernente ao adjetivo livre (art. 5º, XII, LGPD), é mister promover a fragmentação das opções de coleta de dados pessoais, de modo a tornar o consentimento granular. Isso poderia ser alcançado disponibilizando ferramentas de personalização.

Além disso, como visto em tópico anterior, o art. 5º, XII, da LGPD prevê que o consentimento também deve ser informado. Desta feita, incumbe à empresa apresentar suas

[21] Valendo ressaltar o art. 8º, § 2º, da LGPD: "cabe ao controlador o ônus da prova de que o consentimento foi obtido em conformidade com o disposto nesta Lei", bem como o § 3º do mesmo artigo, que veda o tratamento de dados pessoais realizado com vício de consentimento.

políticas de privacidade e tratamento de dados pessoais, junto ao termo de aceite, de forma clara e acessível.

Considerando o exposto, destacam-se aqui os esforços realizados pela *Cambridge University* (Universidade de Cambridge) em sua plataforma digital[22]:



Na imagem, observa-se que está definido de forma simples e didática o conceito de *cookies*[23], bem como o motivo do *site* utilizá-los (assim definindo a finalidade do tratamento de dados pessoais)[24]. Ademais, é dada a opção (*opt-in*) ao usuário de escolher as formas que poderão ser utilizadas para o tratamento de seus dados[25], respeitando o direito ao consentimento inequívoco.

Os termos de uso e as informações técnicas continuam ao alcance do titular dos dados (em *give me more information*), como devem estar, mas o resumo simplificado e as caixas destacadas de *opt-in* favorecem uma abordagem mais clara e preocupada com a privacidade do consumidor.

---

[22] Disponível em: <https://www.cam.ac.uk>. Acesso em: 28 dez. 2020.

[23] "*Cookies* são pequenos arquivos que salvamos no seu aparelho para lembrarmos de suas preferências". Tradução livre.

[24] "Nós usamos *cookies* necessários para fazer o nosso site funcionar. Nós usamos *cookies* de medição de uso no *site* para analisar padrões de uso anonimizados, para deixar nossos *websites* melhores para você". Tradução livre.

[25] "Você pode escolher (opção *opt-in*) usar *cookies* opcionais para personalização e para lembrar suas preferências de *social marketing*. As configurações de personalização são *cookies* que permitem que você customize sua experiência. As preferências de *social marketing* são *cookies* que fazem coisas como medir como você conteúdos midiáticos no nosso *website*, usando serviços e *websites* de terceiros". Tradução livre.

Na oportunidade, vale mencionar o *site globo.com*, que não oferece ao usuário a possibilidade de personalizar a concessão do uso de seus dados pessoais, como no exemplo acima, dificultando a autodeterminação informativa do consumidor.

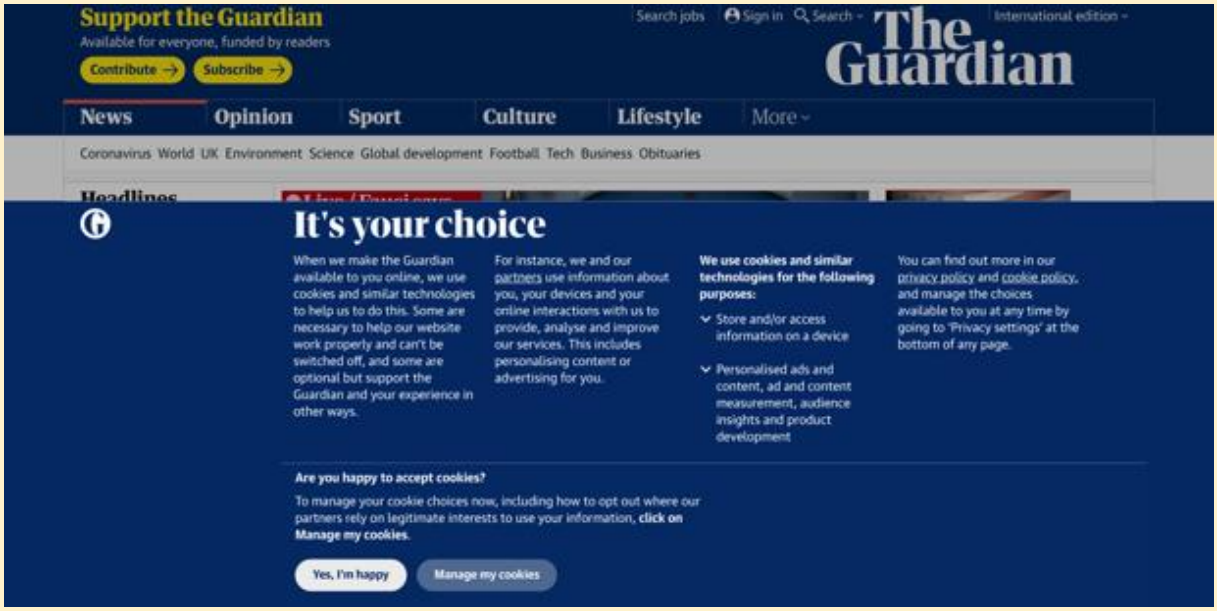
Já a plataforma digital do jornal *The Guardian*[26] segue o exemplo da *Cambridge University*, porquanto oferece uma explicação acessível a respeito do conceito de cookies[27] e como eles serão utilizados no site.[28] Além de possibilitar ao usuário o gerenciamento dos seus dados pessoais[29], fortalecendo a posição do consumidor nesta relação. Na imagem abaixo, nota-se de pronto a intenção valorável da empresa com a escolha do título "A Escolha É Sua" (*It's Your Choice*):

[26] Disponível em: <https://www.theguardian.com/international>. Acesso em: 29 jan. 2021.

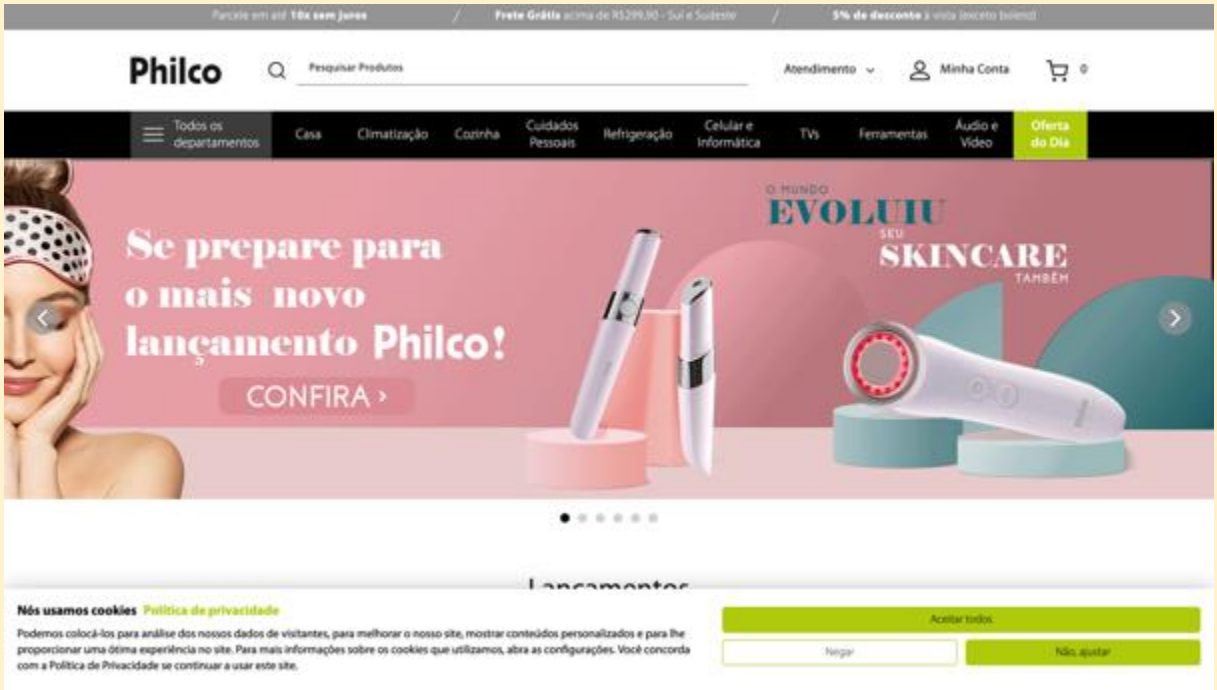
[27] "Quando tornamos o *The Guardian* disponível para você *online*, nós usamos *cookies* e tecnologias similares para nos ajudar. Alguns são necessários para ajudar o nosso site a funcionar propriamente e não podem ser desligadas, e algumas são opcionais, mas apoiam o *The Guardian* e a sua experiência de outras formas. Por exemplo, nós e nossos parceiros usamos informações sobre você, seus aparelhos e suas interações *online* conosco para providenciar, analisar e melhorar nossos serviços. Isso inclui conteúdo personalizado ou anúncios direcionados a você."

[28] "Nós usamos cookies e tecnologias similares com os seguintes objetivos: (i) armazenar e/ou acessar informação em um aparelho; (ii) criar anúncios e conteúdo personalizados, medir engajamento em anúncios e conteúdo, analisar o insight da audiência e desenvolver melhores produtos. Você pode descobrir mais na nossa Política de Privacidade e Política de Cookie e gerenciar as escolhas disponíveis para você a qualquer tempo clicando em 'Ajustes de Privacidade' no final da página".

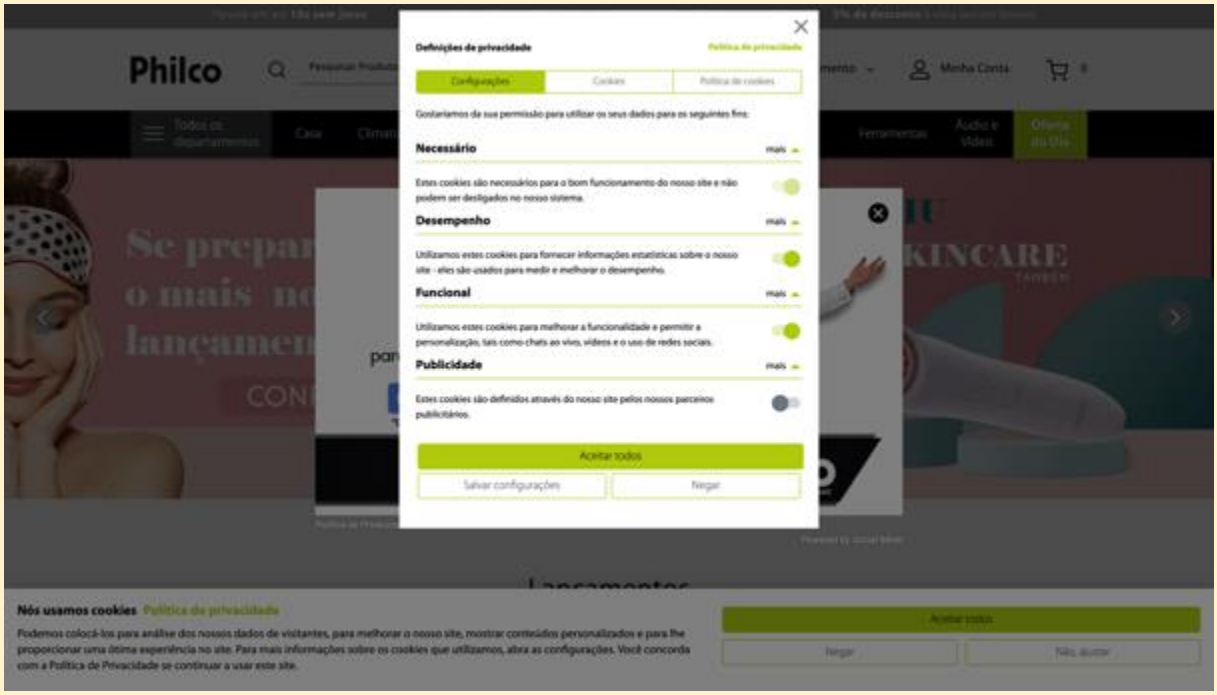
[29] "Você está feliz de aceitar cookies? Para gerenciar suas escolhas de cookie agora, incluindo como escolher sair dos ajustes que permitem que nossos parceiros utilizem suas informações com interesse legítimo, clique em 'Gerenciar meus cookies'".



Na mesma linha, destaca-se a plataforma digital da empresa *Philco*[30], que também fornece ao titular de dados um quadro de resumo sobre as definições de privacidade, bem como garante ao usuário que este faça a configuração destas definições com base nos dados que este entenda por querer compartilhar. Observe-se:



[30] Disponível em: https://philco.com.br>. Acesso em 17 fev. 2021.



De sorte que estes modelos focados no empoderamento do usuário, com *layout* que favorece a compreensão, também poderiam ser adequados aos consumidores hipervulneráveis, desde que a empresa ou instituição tomasse algumas medidas para se adequar a esta realidade. Por exemplo, vale promover a compatibilização da plataforma digital com aplicativos utilizados por pessoas com deficiência, como o *EyeFy*, que converte os textos em sons para deficientes visuais. Outrossim, que se adaptasse todas as informações (incluindo as técnicas, presentes nos Termos de Uso e na Política de Privacidade completa) de maneira apropriada a idosos, em fontes maiores, *e.g.*, à luz do disposto no art. 55-J, XIX, LGPD: "compete à ANPD garantir que o tratamento de dados de idosos seja efetuado de maneira simples, clara, acessível e adequada ao seu entendimento".

A ideia como um todo parte do conceito de *Privacy by Design*, no que se entende que "a proteção de dados pessoais deve orientar a concepção de um produto ou serviços, devendo eles ser embarcados com tecnologias que facilitem o controle e a proteção das informações pessoais" (BIONI, 2021, p. 263).

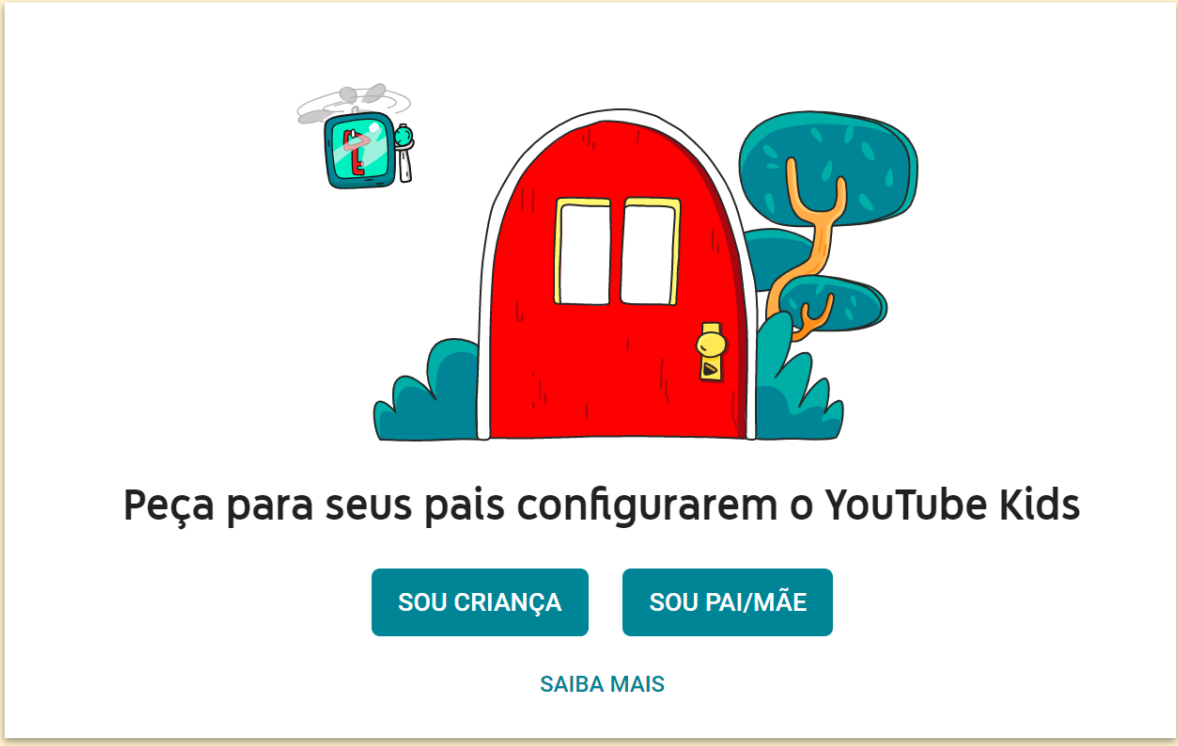
Nessa tônica, considerando a hipervulnerabilidade dos idosos, sugerimos a adoção de ferramentas como a *Platform for Privacy Preferences* (P3P), enquanto possibilitaria a pré-configuração de preferências de privacidade mais protetivas em dispositivos móveis, como a opção *standard* pelo modo de busca privado (que não permite a coleta de dados pessoais). Essa medida promoveria a anonimização *by default* do idoso nas plataformas de busca, reduzindo a

sua vulnerabilidade, pelo menos no que tange aos dados em que o consentimento é requisito necessário para coleta e tratamento.

No que concerne à proteção dos dados pessoais de crianças e adolescentes, havendo a necessidade, devem ser tomadas medidas para se certificar de que os dados coletados contariam com o consentimento específico e em destaque dado por pelo menos um dos pais ou pelo responsável legal, realizando todos os esforços razoáveis para essa verificação (v. art. 14, § 1º e § 5º, da LGPD).

Neste sentido, uma boa alternativa para garantir que a especificidade fosse respeitada seria a proposta por Bruno Bioni, quando dispõe que poderia haver uma "(...) dupla verificação do consentimento, como seria o caso em que o titular dos dados dá o 'concordo' em um *website* e, posteriormente, o confirma por *e-mail*." (2021, p. 281). Tal hipótese poderia ser aplicada de uma maneira em que, no momento em que a criança efetuasse o aceite, o *website* disparasse um e-mail ao endereço eletrônico dos pais, de forma que a plataforma só fosse habilitada no momento em que os responsáveis ratificassem a concordância dos menores.

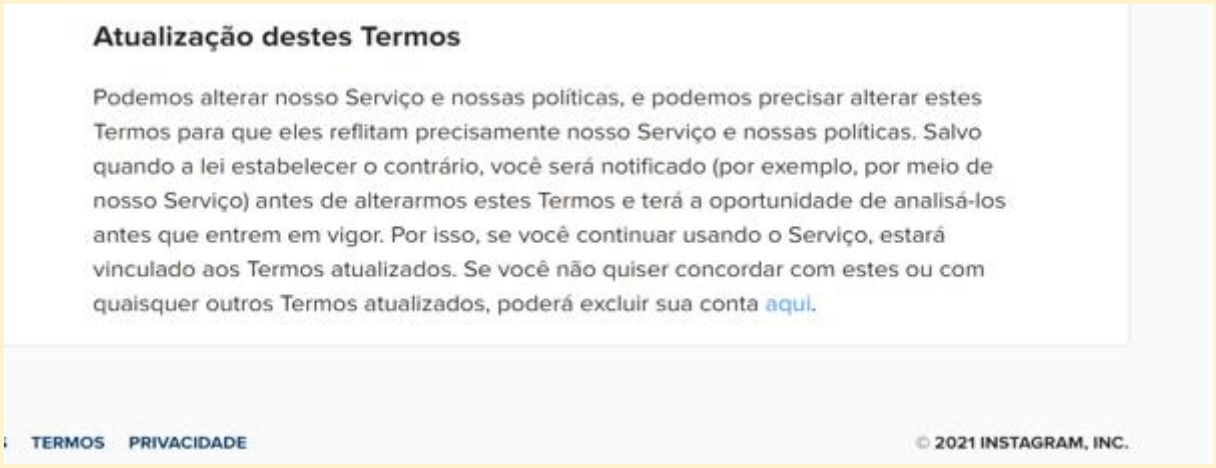
Como exemplo de plataforma que está tentando se adequar a esta realidade, podemos destacar o *Youtube Kids*. Mire-se:



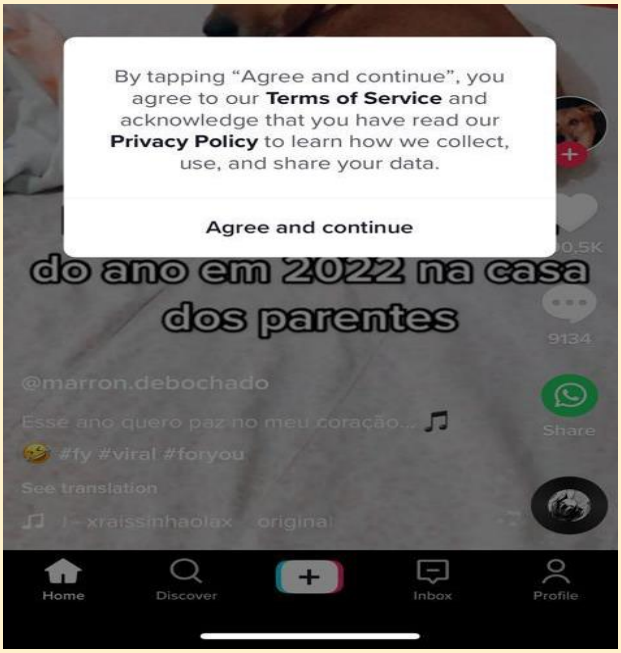
Outra alternativa, similar à sugerida para os idosos para validação deste consentimento, seria que os dispositivos móveis fornecidos a crianças viessem equipados também com sistema P3P. Desta forma, como Bruno Bioni afirma "(...) o próprio *browser* procederia a uma análise automatizada das políticas de privacidade das aplicações acessadas, verificando-se a sua (in)compatibilidade com as preferências de privacidade pré-configuradas" (2021, p. 268).

No mais, destaque-se outra peculiaridade do consentimento relacionado a crianças e adolescentes, no que toca ao adjetivo livre: os controladores não deverão condicionar a participação desses titulares em jogos, aplicativos ou outras atividades ao fornecimento de informações pessoais além das estritamente necessárias à atividade (v. art. 14, § 4º, LGPD).

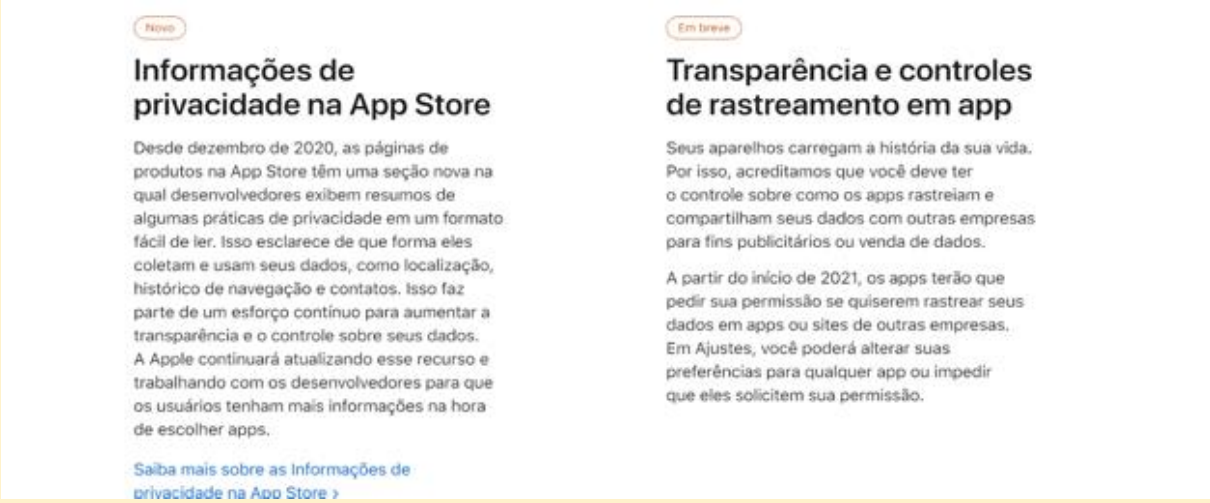
Em sentido contrário, analisando os Termos de Uso do aplicativo Instagram, verificamos que a plataforma condiciona o seu acesso ao aceite total das diretrizes impostas, prejudicando o requisito do consentimento livre deste usuário (v. art. 5º, XII, da LGPD). Não obstante, ao aplicativo exibir toda a sua política de privacidade (um total de 13 páginas) buscando a concordância do indivíduo para ingresso na rede social, certo que o consumidor não se verá propenso a examinar todo o teor do documento.



Outro aplicativo que segue com a mesma desídia em relação a coleta de dados é o da rede do *TikTok*. Vejamos:



No entanto, embora a privacidade ainda seja muitas vezes mitigada nos meios digitais, vale mencionar o empenho da empresa *Apple* no ano de 2020, porquanto ofereceu aos seus usuários novas ferramentas para restringir a coleta de dados pessoais realizada por plataformas de buscas e aplicativos utilizados em dispositivos *IOS*. Nessa linha, a nova seção de Informação e Privacidade da *Apple* trouxe, dentre outras funções, (i) a limitação do acesso a fotos armazenadas no dispositivo, à medida que se torna escolha do usuário os arquivos que poderão ser compartilhados com os aplicativos; (ii) a possibilidade de exclusão do *ID Apple* e das informações relacionadas a ele de maneira definitiva dos bancos de dados dos aplicativos; (iii) e a restrição ao rastreamento do histórico de pesquisa do usuário por anunciantes.



CONCLUSÃO

O trabalho explicou a importância e o cabimento da LGPD, assim como os contornos do direito ao consentimento livre, expresso e informado. Em seguida, fez um aprofundamento sobre a vulnerabilidade e hipervulnerabilidade nas relações consumeristas.

Por fim, desbravou os desafios envolvendo a efetividade do consentimento no campo da hipervulnerabilidade, apresentando exemplos de empresas que já adaptaram suas plataformas eletrônicas à LGPD, com vistas a responder a problemática principal da presente pesquisa: como efetivar o consentimento diante da hipervulnerabilidade do consumidor, considerando as facilidades do mercado que estará abrindo mão.

Vive-se um novo tempo no trato dos dados pessoais, não sendo mais um campo sem lei e regras. Devendo os agentes que tratam e armazenam os dados pessoais entenderem que não é mais suficiente formulários-padrão com textos inacessíveis e de difícil compreensão,

considerando que o Brasil é um país emergente com grande parte de sua população sem conhecimentos mínimos de tecnologia.

Para além das tradicionais relações jurídicas entre fornecedor e consumidor, este agora mais fragilizado pelos costumes do mercado digital, cabe às empresas desenvolverem novas ferramentas, e, assim, alcançar melhores resultados na efetivação do consentimento do consumidor hipervulnerável. Nesse contexto, o presente artigo destacou importantes esforços de empresas em suas plataformas digitais, que explicaram de forma mais fácil e acessível o tratamento de dados pessoais realizado, bem como oportunizaram possibilidades de escolha por parte do consumidor em relação à coleta dos seus dados. Consideramos estes exemplos como possíveis modelos a serem aplicados para uma fiel adequação à LGPD, garantindo melhores condições aos consumidores hipervulneráveis no cenário informacional.

REFERÊNCIAS

BIONI, Bruno. **Proteção de Dados Pessoais**: A Função e os Limites do Consentimento. 3ª ed. São Paulo: Forense, 2021.

BOLZAN, Fabrício. **Direito do Consumidor Esquematizado**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

BRASIL. **Lei 13709, de 14 de agosto de 2018**. Institui a Lei Geral de Proteção de Dados no Brasil. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13709.htm >. Acesso em: 30 maio 2020.

MENDES, Laura Schertel. **Privacidade, proteção de dados e defesa do consumidor**. 1ª ed. Brasília: Saraiva, 2014.

MORAES, Paulo Valério Dal Pai. **Código de Defesa do Consumidor**: o princípio da vulnerabilidade no contrato, na publicidade, nas demais práticas comerciais. 3ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SCHMITT, Cristiano Heineck. **Consumidores Hipervulneráveis**: a proteção do idoso no mercado de consumo. São Paulo: Atlas, 2014

SCHWARTZ, Fábio. **A Defensoria Pública e a proteção dos (hiper)vulneráveis no mercado de consumo**. Conjur, 2016. Disponível em: < https://www.conjur.com.br/2016-jul-19/protecao-hipervulneraveis-mercado-consumo>. Acesso em: 27 dez. 2020.

TARTUCE, Flávio; AMORIM, Daniel Assumpção Neves. **Manual de Direito do Consumidor**: direito material e processual. 5ª ed. São Paulo: Método, 2016.

TEPEDINO, Gustavo; FRAZÃO, Ana; DONATO, Milena Oliva. **Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais e Suas Repercussões no Direito Brasileiro**. 2ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

DECISÕES JUDICIAIS CONFLITANTES E O IMPACTO DA INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL NA UNIFORMIZAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA

CONFLICTING JUDICIAL DECISIONS AND THE IMPACT OF ARTIFICIAL INTELLIGENCE ON THE UNIFORMIZATION OF JURISPRUDENCE

Luísa Caroline Gomes[1]
Thâmylla da Cruz Nunes[2]

Resumo: o presente artigo tem por finalidade analisar a existência de decisões judiciais conflitantes diante de casos idênticos, os motivos e mecanismos processuais utilizados para uniformizar a jurisprudência, a partir da necessidade de o julgador, ao interpretar a norma, desempenhar o seu papel de forma coerente e justa, a fim de conferir segurança jurídica, estabilidade e tratamento isonômico ao sistema processual. Apesar de o ordenamento jurídico pátrio determinar o dever de decidir de forma integrada e em atenção a dialética normativo-principiológica para que a prestação jurisdicional seja a mais equânime possível, bem como de dispor de instrumentos para evitar decisões conflitantes, estes não têm se apresentado como suficientes para aplacar as inúmeras divergências que persistem e que comprometem a credibilidade do Poder Judiciário. A proposta de racionalizar o processo de tomada de decisão por meio da inteligência artificial é a principal temática a ser abordada, ao considerar as relevantes benesses de aliar as novas tecnologias ao necessário aperfeiçoamento do processo decisório, extirpando ou ao menos reduzindo consideravelmente a quantidade de decisões judiciais que destoam do ideal de justiça e isonomia. Para tanto, o artigo debruçar-se-á acerca das já existentes plataformas de inteligência artificial nos tribunais pátrios, a extensão e as consequências de sua aplicabilidade na otimização da atividade judicial desenvolvida e as contribuições relevantes na busca por maior previsibilidade das decisões.

Palavras-chave: decisões conflitantes; direito processual civil; poder judiciário; inteligência artificial.

Abstract: the purpose of this article is to analyze the existence of conflicted judicial decisions in regards to identical cases, the motives and the procedural mechanisms utilized to standardize jurisprudence from the judge's necessity, while interpreting the law, to perform his role in a consistent and fair manner in order to ensure juridical security, stability and equal treatment to the procedural law system. Although the national legal order determines the obligation to decide in an integrated manner and in attention to the normative principled dialectic so that the jurisdictional provision can be as equitable as possible, as well as having the instruments to avoid conflicted decisions, these do not seem sufficient to settle the countless divergences that persist and compromise the Judiciary's credibility. The proposal to rationalize the process of decision-making through artificial intelligence is the main topic to be addressed, considering the relevant benefits of combining new technologies to improve the process of decision-making,

[1] Aluna especial do mestrado em direito da Universidade de Brasília, pós-graduada em direito processual civil pela Escola da Magistratura do TJDFT, pós-graduanda em direito empresarial, advogada e professora de processo civil e prática cível e trabalhista.

[2] Aluna especial do mestrado em direito da Universidade de Brasília, pós-graduada em direito processual civil pela Escola da Magistratura do TJDFT, pós-graduanda em direito empresarial, advogada e professora de processo civil e prática cível.

to extirpate or, at least, to reduce the amount of judicial decisions that go against the ideal of justice and isonomy. Therefore, the article will discuss the already existing artificial intelligence platforms at the national courts, its extension, the results of its usage to optimize the developed judicial activity and its relevant contribution for greater predictability of decisions.

Keywords: conflicted decisions; civil procedural law; judiciary; artificial intelligence.

Sumário: Introdução. 1. Decisões conflitantes e a imprescindibilidade de uniformização jurisprudencial. 1.1. Possíveis origens e razões de existência de decisões conflitantes para casos semelhantes. 1.2. Mecanismos processuais utilizados para evitar decisões judiciais conflitantes. 2. Inteligência artificial: uma ferramenta para assegurar a isonomia e a segurança jurídica. 2.1. Inteligência artificial como solução para minimizar a existência de decisões judiciais conflitantes. Conclusão.

INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 consagrou a necessária observância à segurança jurídica ao dispor expressamente acerca de princípios basilares, como o do devido processo legal, irretroatividade da coisa julgada, acesso à justiça, razoável duração do processo, elevando a fundamentação das decisões judiciais ao patamar de garantia fundamental.

O Poder Judiciário está atrelado ao ordenamento jurídico como um todo, estabelece parâmetros e objetivos mínimos capazes de efetivar os direitos fundamentais. Como instância de discussão democrática, atua como interventor e transformador da realidade jurídica ao garantir e efetivar os direitos não assegurados pelos demais poderes.

Não se pode olvidar que a evolução do sistema processual concentrou poderes na figura do magistrado, que ultrapassa a função de interpretar e aplicar a norma ao caso concreto e passa a exercer verdadeira atividade criativa. No entanto, o subjetivismo e a necessidade de uma atuação mais incisiva do juiz para a consecução dos interesses sociais potencializam o surgimento de decisões judiciais conflitantes, contribuindo para existência de um cenário jurídico-social de insegurança e imprevisibilidade. A liberdade criativa do julgador, por essa razão, foi duramente criticada pela doutrina, encabeçada por Lênio Streck (2013, 2017).

Enquanto não atingida a certa adequação das decisões judiciais, os princípios da segurança jurídica, pacificação social, do devido processo legal e tantos outros que norteiam o Estado Democrático de Direito, não se consolidarão. Portanto, torna-se imprescindível estabelecimento de um padrão, de um limite decisório princípio-valorativo.

Alguns dos problemas que acometem o Poder Judiciário, como a morosidade da justiça e tratamento não isonômico do jurisdicionados, têm sua origem nos excessos ou desvirtuamentos provocados pela divergência que acarreta em decisões diferentes para casos semelhantes, e não na divergência em si mesma, conforme será pormenorizado adiante.

Nesse contexto, o presente artigo debruçar-se-á sobre a existência de decisões judiciais conflitantes diante de uma mesma situação fática e procurará identificar as contribuições práticas da utilização da inteligência artificial na busca por decisões equilibradas e que atendam ao ideal de justiça. Ademais, buscará responder às seguintes problemáticas: de que forma a inteligência artificial pode ser relevante para evitar e diminuir a quantidade de decisões divergentes no Poder Judiciário? A legislação nacional existente é suficiente para implementação das novas tecnologias na esfera decisória? Quais são os impactos mais concretos da inteligência artificial para minimizar a existência de decisões judiciais conflitantes?

Para o alcance dos fins delineados, adotar-se-á o método indutivo-dedutivo, com viés jurídico, envolvendo pesquisas exploratórias na análise de possíveis contribuições que a inteligência artificial pode trazer para que as decisões judiciais sejam equânimes e uniformes.

1. DECISÕES CONFLITANTES E A IMPRESCINDIBILIDADE DE UNIFORMIZAÇÃO JURISPRUDENCIAL

Na clássica obra Teoria Geral do Processo, até meados do século passado, o processo era considerado simples meio de exercício dos direitos, era tido como direito adjetivo, expressão incompatível com a hoje reconhecida independência do direito processual.

O direito processual civil, por sua vez, acompanhou a evolução da metodologia jurídica, reconheceu a força normativa da Constituição como principal veículo do ordenamento jurídico, além de adotar o desenvolvimento da teoria dos princípios, a transformação da hermenêutica jurídica, a expansão e consagração dos direitos fundamentais.

As transformações no campo do direito processual civil resultaram no propósito de abandonar a preocupação exacerbada com o formalismo. Essa nova fase processual estabelece a necessidade de julgar não apenas o caso concreto, mas o próprio conteúdo da norma, tomando como paradigma os princípios e direitos fundamentais projetados na Constituição.

Estudar processo, de onde partem as decisões judiciais, sem comprometê-lo com sua finalidade institucional, representa obra especulativa, divorciada dos grandes valores e

interesses que compete à ordem jurídica preservar e realizar. O resultado esperado da técnica processual há de se operar no campo das relações jurídicas substanciais. É na produção desses resultados, em nível satisfatório, que se poderá definir a existência e proporção da efetividade do processo (CINTRA, GRINOVER E DINAMARCO, 2011, p. 85).

É grande o desafio de equacionar a aplicação do texto legal com os diversos e novos conflitos sociais. Para que a missão institucional do Poder Judiciário apresente viabilidade efetiva, imperioso é que os parâmetros decisórios se estabeleçam na prática. Em que pese a relevância das perspectivas trazidas pelas teorias e técnicas que se desenvolveram ao longo do tempo, desmistificando e aproximando a ciência processual do ideal de uma tutela jurisdicional efetiva, ainda persistem inquietações acerca dos padrões que devem ser observados pelo juiz ao proferir decisões, bem como sobre quais os limites de uma atuação mais incisiva.

1.1. Possíveis origens e razões de existência de decisões conflitantes para casos semelhantes

O Poder Legislativo exerce a função típica de produzir a norma jurídica, que é abstrata e de aplicação genérica, com o fim de regulamentar a vida em sociedade. Em razão da impossibilidade de prevê todas as hipóteses e contextos sociais que dependerão da imposição de uma norma jurídica e consequente regulação, bem como da defasagem temporal, a norma enfrenta os desafios de não corresponder, por vezes, aos valores e necessidades sociais.

A atualização legislativa e as variadas possibilidades de se interpretar a norma exercem papel de extrema relevância no alcance de uma estrutura jurídica linear e equilibrada. Ronald Dworkin (2008, p. 228) assevera que a interpretação é um empreendimento, uma instituição pública, tendo em vista que a prática jurídica é, sempre, um exercício dessa interpretação; nessa perspectiva, o direito torna-se algo profundamente político, pois sua finalidade precípua é coordenar o esforço geral e o individual, resolver disputas sociais, assegurar justiça entre os cidadãos e seus governos.

Sob a influência do neoprocessualismo e da constitucionalização do direito processual, a ideia de que a lei é a principal fonte do direito não mais subsiste, esta deve ser interpretada com o fim de efetivar os direitos fundamentais. Segundo Robert Alexy (2011, p. 34), a lei passa a encontrar limite e contorno nos princípios e nas regras constitucionais, o que significa que deixa de ter apenas legitimação formal, restando substancialmente amarrada aos direitos positivados na Constituição.

Assim, se antes era possível dizer que os direitos fundamentais eram circunscritos à lei, agora torna-se exato afirmar que as leis devem estar em conformidade com tais direitos. Portanto, à luz dos ensinos de Lênio Streck (2013, p. 14), quando decide, o juiz goza de um amplo espaço de conformação que não mais pode ser resumido na estrita subsunção da lei ao fato, mas que, a partir de então, precisa captar os valores sociais de modo a temporalizar – no sentido de atualizar –, pela via da jurisprudência, o sentido de justiça que deve compor o Direito.

Nesse contexto, não se pode olvidar que a aplicação dos mais variados métodos hermenêuticos interpretativos pode ensejar diversos entendimentos acerca da mesma norma, assim como identificar uma só interpretação a ser adotada em uma decisão judicial apresenta-se como um desafio que deve ser transportado.

Em que pese a certeza jurídica ser indispensável às decisões judiciais, é latente a existência de decisões que conflitam entre si, seja pela dificuldade em equacionar a aplicação do texto legal com infinitos conflitos sociais, seja em decorrência da atividade interpretativa que cabe ao juiz e as suas incontáveis nuances.

Decisões fundamentadas em argumentos jurídico-normativos sólidos têm o condão de evitar soluções distintas e a resguardar a ordem social como um todo. Para Canotilho (2002, p. 257), a segurança jurídica está conexionada com elementos objetivos da ordem jurídica – garantia de estabilidade, segurança de orientação e realização do direito –, para se tutelar a confiança do cidadão, no sentido de haver previsibilidade das decisões.

Partindo do pressuposto que a decisão é resultado da atividade interpretativa do juiz, isto é, expressa a norma jurídica, não rara às vezes em que o julgador se depara diante de *hard cases* que, a propósito, se avolumam progressivamente, dada à complexidade dos arranjos sociais e da cultura da litigiosidade afeita aos brasileiros.

Não bastasse a existência de decisões conflitantes diante de casos semelhantes, a divergência também se apresenta dentro da estrutura interna dos tribunais, entre turmas, câmaras, seções. A esse respeito, a fim de elucidar ainda mais a importância das reflexões aqui propostas, impende destacar a divergência jurisprudencial acerca de uma questão processual tecnicamente simples – a obrigatoriedade (ou não) do esgotamento dos meios de localização do réu para viabilizar a citação por edital.

Na esfera do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios (TJDFT), recentemente, a Terceira[3], Quarta[4], Sexta[5], Sétima[6] Turmas Cíveis, inclusive a Câmara Cível[7], posicionaram-se pela excepcionalidade da citação por edital, impondo a necessidade do esgotamento de todos os meios existentes para a localização do réu. Em contrapartida, em que pese o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça[8] e do Supremo Tribunal Federal[9] corroborarem ao citado, as mesmas Primeira[10], Segunda[11], Terceira[12], Quarta[13], Quinta[14], Sexta[15], Sétima[16], Oitava[17] Turmas Cíveis, também a Câmara Cível[18] do TJDFT, em lapso temporal próximo e/ou igual, firmaram o entendimento de que o esgotamento dos meios de localização para citação pessoal do réu não possui caráter absoluto, bastando, para promover a citação por edital, a comprovação de que o requerente empreendeu esforços suficientes e razoáveis para a citação ordinária, que só não se perfectibilizou por circunstância alheias.

Divergência jurisprudencial, em si, não é um mal, mas pode vir a ser, se faltarem critérios lógicos e racionais que permitam contê-la em limites razoáveis, dentro de uma dimensão administrável, que não comprometa a boa e acertada distribuição da justiça

---

[3] Acórdão 1284965, Relator: ALVARO CIARLINI, Terceira Turma Cível, data de julgamento: 16/9/2020, publicado no PJe: 29/9/2020, unânime.

[4] Acórdão 1318736, Relator: LUÍS GUSTAVO B. DE OLIVEIRA, Quarta Turma Cível, data de julgamento: 18/2/2021, publicado no PJe: 9/3/2021, unânime.

[5] Acórdão 1131442, Relator: VERA ANDRIGHI, Sexta Turma Cível, data de julgamento: 10/10/2018, publicado no DJE: 29/10/2018, unânime.

[6] Acórdão 1318252, Relator: GISLENE PINHEIRO, Sétima Turma Cível, data de julgamento: 18/2/2021, publicado no DJE: 2/3/2021, unânime.

[7] Acórdão 1268794, Relator: EUSTÁQUIO DE CASTRO, Segunda Câmara Cível, data de julgamento: 27/7/2020, publicado no DJE: 7/8/2020, unânime.

[8] Súmula 414, STJ. AgInt no REsp 1852706/RS – 2019. AgInt no AREsp 1662782/RS – 2020.

[9] AI 700776/PR ED – 2013.

[10] Acórdão 1312853, Relator: DIVA LUCY DE FARIA PEREIRA, Primeira Turma Cível, data de julgamento: 27/1/2021, publicado no PJe: 19/2/2021, unânime.

[11] Acórdão 1329256, Relator: JOÃO EGMONT, Segunda Turma Cível, data de julgamento: 24/3/2021, publicado no DJE: 12/4/2021, unânime.

[12] Acórdão 1332378, Relator: ROBERTO FREITAS, Terceira Turma Cível, data de julgamento: 7/4/2021, publicado no PJe: 26/4/2021, unânime.

[13] Acórdão 1333856, Relator: ARNOLDO CAMANHO, Quarta Turma Cível, data de julgamento: 15/4/2021, publicado no DJE: 3/5/2021, unânime.

[14] Acórdão 1312504, Relator: ANA CANTARINO, Quinta Turma Cível, data de julgamento: 27/1/2021, publicado no PJe: 12/2/2021, unânime.

[15] Acórdão 1331112, Relator: ALFEU MACHADO, Sexta Turma Cível, data de julgamento: 7/4/2021, publicado no DJE: 23/4/2021, unânime.

[16] Acórdão 1331500, Relator: LEILA ARLANCH, Sétima Turma Cível, data de julgamento: 7/4/2021, publicado no DJE: 29/4/2021, unânime.

[17] Acórdão 1329574, Relator: MARIO-ZAM BELMIRO, Oitava Turma Cível, data de julgamento: 25/3/2021, publicado no DJE: 9/4/2021, unânime.

[18] Acórdão 1293027, Relator: JOSÉ DIVINO, Segunda Câmara Cível, data de julgamento: 19/10/2020, publicado no DJE: 5/11/2020, unânime.

(MANCUSO, 2013, p. 165). Assim, preocupação está em assegurar certeza na aplicação do direito.

Essa realidade de imprevisibilidade das decisões judiciais enfraquece o regime democrático (ABBOUD, 2014, p. 93). Pelo dever de uniformidade, situações jurídicas substancialmente iguais devem ser tratadas de modo equivalente. É a correção dessas distorções que compõe a essência da função uniformizadora, de competência dos Tribunais.

1.2. Mecanismos processuais utilizados para evitar decisões judiciais conflitantes

A partir das lições de Ronald Dworkin (2010, p. 59), ao julgador cabe encontrar a única resposta certa, inclusive para os *hard cases*, o que não é algo previamente fornecido pelo sistema jurídico por meio da extração de um procedimento argumentativo norteado, essencialmente, pela teoria forte dos princípios. Essa tarefa de descobrimento da única resposta justa para todos os problemas práticos exige um juiz extremamente qualificado e detentor de um aguçado poder de discernimento. Para o autor, a adoção da teoria da integridade na prestação jurisdicional é a chave para a melhor interpretação construtiva das práticas jurídicas distintas e até mesmo para resolução dos *hard cases*.

O anseio por decisões judiciais pautadas em uma maior segurança jurídica, assim como a imprescindibilidade de se evitar a reiterada análise de situações idênticas já decididas anteriormente, ensejou o desenvolvimento de institutos processuais capazes de conduzir as decisões judiciais para um mesmo sentido, de forma a alcançar não só a uniformização, mas também de revestir as decisões de efetiva justiça e equidade.

Embora o sistema jurídico adotado no Brasil seja o da *civil law*, cujo primado recai na norma legal e é fruto do racionalismo jurídico, a dicotomia com o da *common law*, que sofre influência história da *equitly* e prioriza o precedente, não mais subsiste nos moldes radicais de outrora. A atenuação das diferenças entre os dois sistemas permite a adoção de um mecanismo relevante – o *stare decisis*. Sem pretender esgotar o tema, *stare decisis,* do latim *stare decisis et non quieta movera*, que significa “mantenha-se a decisão e não se moleste o que foi decidido”, traduz-se como precedente de respeito obrigatório, em que a norma criada por uma decisão judicial, devido ao status do órgão que a criou, deve ser respeitada pelos órgãos de grau inferior.

A teoria dos precedentes, expressamente adotada pelo Código de Processo Civil de 2015, objetiva a uniformização das decisões judiciais, pautada no viés da previsibilidade e

igualdade destas. Estabelece o art. 926 do *codex* processual, portanto, que os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente. Nesse ínterim, a partir da previsão constitucional e processual, destacam-se os seguintes instrumentos uniformizadores da jurisprudência que foram se aperfeiçoando ao longo do tempo.

O controle de constitucionalidade, cujas disposições específicas encontram-se dispostas na Lei 9.868/99, pela via incidental ou abstrata, conduz os tribunais a atribuir sentindo à Constituição e tornar suas decisões equânimes, e o Supremo Tribunal Federal à unificação da interpretação do direito constitucional e da imperiosa observância às normas constitucionais. O julgamento do recurso extraordinário e especial, notadamente com o advento da Lei 8.038/90, que permitiu ao relator, no âmbito do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, decidir monocraticamente e negar seguimento a pedido ou recurso que contrariar, nas questões predominantemente de direito, súmula do respectivo Tribunal.

Ressalte-se também, nesse contexto, a repercussão geral nas questões que desafiam recurso extraordinário e as súmulas vinculantes, inseridas pela Emenda Constitucional n. 45/2004 que implementou a reforma do Poder Judiciário, bem como a possibilidade de atribuir efeito vinculante à decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal em ação declaratória de constitucionalidade, inserida com a Emenda Constitucional nº 03/1993.

Ainda, os incidentes de assunção de competência (IAC) e de resolução de demandas repetitivas (IRDR), com atual roupagem dada pelo diploma processual vigente, que reforçam a necessidade de prevenir divergências decisórias, em casos de situações de grande repercussão social e de efetiva repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão unicamente de direito com risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica, respectivamente.

Todos esses instrumentos amplamente difundidos e de aplicação obrigatória objetivam tornar o sistema processual efetivamente estável, previsível e eficiente, além de traçar os limites necessários ao poder de discricionariedade judicial. Como exemplo de bons resultados, tem-se os emblemáticos casos acerca da possibilidade de utilização de células-tronco embrionárias em pesquisas científicas (ADI n. 3510/2008), o reconhecimento de união estável entre pessoas do mesmo sexo (ADPF n. 132 e ADI n. 4277, ambas de 2011), e a unificação da ordem sucessória para cônjuges e companheiros (RE n. 878.624/2018 e RE n. 646.721/2019), dentre tantos outros.

Em que pese a existência de tais mecanismos processuais e da difundida necessidade de se garantir segurança jurídica, decisões conflitantes para casos semelhantes e divergências internas no âmbito do Poder Judiciário ainda é uma realidade que preocupa. Quando o próprio

Estado, mediante órgãos incumbidos de aplicar o direito, mostra-se inseguro e contraditório, torna-se impossível desenvolver uma consciência social pautada no sentimento de responsabilidade ou no respeito ao direito (MARINONI, 2014, p. 113). Para além de observar a máxima em comento e de alcançar a esperada previsibilidade das decisões e igualdade, a confiança em tais instrumentos processuais viabiliza, na prática, a efetivação dos direitos.

É nesse contexto que a inteligência artificial surge como um facilitador da ampliação do espaço de construção participada das decisões no direito processual. A releitura do sistema processual à luz das novas tecnologias torna-se imprescindível, notadamente no cenário pandêmico que potencializou a utilização em larga e vasta escala. Tal releitura não deve ser superficial, mas sim no sentido de produzir novas teorias e práticas para a construção de técnicas que tornem a prestação jurisdicional mais efetiva, célere, adequada e garantidora de estabilidade e tratamento isonômico.

2. INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL: UMA FERRAMENTA PARA ASSEGURAR A ISONOMIA E A SEGURANÇA JURÍDICA

No século XVIII, em razão da Revolução Industrial, o avanço da tecnologia proporcionou uma aceleração no processo de automação, principalmente nas relações de trabalho e na forma do ser humano se relacionar com as máquinas.

O crescimento tecnológico deu espaço para a criação de máquinas inteligentes, ou seja, máquinas com potencial de reproduzir o comportamento humano. A nomenclatura "Inteligência Artificial (IA)" tem origem na Ciência da Computação e foi criada por John McCarthy, em 1956, em uma conferência em Dartmouth College, nos Estados Unidos (TEIXEIRA, 2020, p. 84).

O significado de Inteligência Artificial está relacionado à "ciência do conhecimento que busca a melhor forma de representá-lo, na medida em que estuda o raciocínio e os processos de aprendizagem em máquinas" (ROVER, 2011, p. 60).

Apesar de não ser um termo novo dentro da Ciência da Computação, a Inteligência Artificial ganhou espaço em diversas áreas nos últimos anos, tais como na medicina, por meio da utilização da robótica em cirurgias e diagnósticos, no trânsito, com a criação de veículos autônomos, e no agronegócio, com a utilização de tecnologias para analisar e prever as mudanças climáticas adotando-se técnicas capazes de diminuir os impactos do clima e do tempo nas plantações.

No campo das ciências jurídicas não foi diferente. No Brasil, o procedimento de informatização dos processos judiciais por meio da utilização da informática e da tecnologia no recebimento de peças processuais (de forma digitalizada), sem a exigência de petições físicas e originais, impulsionou a utilização de meios eletrônicos no âmbito do Poder Judiciário.

O marco se deu com a promulgação da Lei nº 10.259/2001, que dispõe sobre os Juizados Especiais Federais, quando surgiu "o primeiro modelo de processo judicial eletrônico" com objetivo de atender a principal finalidade dos juizados especiais: a celeridade.

Posteriormente, sobreveio a Lei nº 11.419/2006 que regulamentou o processo judicial eletrônico em todas as esferas do direito, bem como adotou como forma de comunicação a possibilidade de utilizar meios eletrônicos para atender os atos processuais.

Outros recursos tecnológicos foram implementados no processo judicial e se tornaram uma realidade no Poder Judiciário brasileiro. A penhora *online*, a perícia computacional, as audiências por videoconferência e o leilão eletrônico são exemplos de medidas tecnológicas utilizadas pelos tribunais para garantir aos jurisdicionados maior transparência, celeridade e efetivação de seus direitos.

Quanto ao uso de máquinas inteligentes em processos judiciais, o Projeto Victor se destaca. O mencionado projeto se desenvolveu a partir de uma parceria entre o Supremo Tribunal Federal e a Universidade de Brasília. É um sistema que utiliza a inteligência artificial para promover a identificação de temas vinculados à repercussão geral. A vinculação e classificação de temas em gestão de repercussão geral no Supremo Tribunal Federal representam uma parte do andamento do recurso no Tribunal e o objetivo, com o Projeto Victor, é diminuir o tempo na avaliação dos processos judiciais, o que envolve um elevado nível de complexidade relacionado ao aprendizado de uma máquina (*machine learning*).

O *Machine Learning* é a tecnologia que utiliza "algoritmos para coleta de dados e aprendizado com base nesses dados para que então a máquina desenvolva a habilidade de realizar determinada tarefa". A finalidade é realizar o treinamento da máquina para que o próprio sistema consiga identificar as distinções existentes, além de permitir que a máquina entenda decisões programadas e execute tarefas específicas (TEIXEIRA, 2020, p. 85).

De acordo com o Laboratório de Inteligência Artificial da Universidade de Brasília (2019), o funcionamento do Victor está baseado em um sistema composto de algoritmos de aprendizagem profunda capaz de viabilizar a automação de análises textuais em processos judiciais por meio da identificação de temas de repercussão geral nos recursos recebidos pelo

Supremo Tribunal Federal, cuja finalidade é realizar a integração das soluções do Tribunal para auxiliar os servidores responsáveis pela análise dos recursos a identificar os temas relacionados.

Além de realizar a identificação de temas a partir dos algoritmos, Victor também separa e classifica as principais peças processuais do processo judicial e estima-se que o sistema consegue atingir esse objetivo em apenas 5 minutos, trabalho que demanda cerca de 30 minutos se realizado por um servidor especializado, fato que representa celeridade no processamento das análises nas demandas (SANCTIS, 2020, p. 105).

Outros sistemas que utilizam a tecnologia da inteligência artificial são utilizados em diversos tribunais no Brasil. Um exemplo é o Sócrates 1.0, utilizado no Superior Tribunal de Justiça na triagem dos processos, com a identificação de casos semelhantes para julgamentos em blocos, pesquisando no acervo do tribunal os julgamentos que possam servir como precedentes para o caso concreto (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2020).

O Sócrates 2.0 é ainda mais específico, pois permite que a ferramenta faça a identificação do dispositivo de lei violado ou objeto de divergência jurisprudencial. Além disso, o Sócrates 2.0 oferece ao usuário os elementos textuais do recurso grifados e destacados pelo próprio sistema, com objetivo de identificar temas semelhantes a serem levados a julgamento. O sistema está em desenvolvimento e pretende de forma organizada fornecer aos ministros todos os elementos necessários ao julgamento da demanda (SANCTIS, 2020, p. 107).

Um importante exemplo na análise decisória de processos judiciais foi o lançamento do sistema Elis, em 2018, desenvolvido pelos servidores do Tribunal de Justiça de Pernambuco. O sistema utiliza a tecnologia da inteligência artificial nos processos de execução fiscal e consegue, além de fazer a triagem inicial dos processos, analisar com precisão a competência e a existência de prescrição. Isso significa que o sistema de inteligência artificial do Poder Judiciário de Pernambuco atua diretamente na fase decisória. Ao magistrado cabe verificar o que foi analisado e decidido pelo sistema Elis.

Portanto, é crescente a utilização de mecanismos da inteligência artificial no Judiciário brasileiro. E é nesse contexto que é importante explorar o papel das novas tecnologias como uma ferramenta que vai auxiliar na produção de decisões equivalentes diante de situações jurídicas substancialmente iguais e a forma como a inteligência artificial contribuirá para dirimir as decisões conflitantes.

2.1. A Inteligência Artificial como solução para minimizar a existência de decisões judiciais conflitantes

A nova era que inseriu as tecnologias voltadas para a utilização da inteligência artificial no campo das ciências jurídicas trouxe discussões relevantes sobre a possibilidade de automatizar as decisões judiciais.

As decisões judiciais fazem parte da fase decisória e são produzidas pelos juízes e tribunais. Um elemento obrigatório das decisões é a fundamentação jurídica que deve servir de base para formular e justificar o julgamento proferido dentro de um litígio levado ao Poder Judiciário na resolução de conflitos sociais.

Vários são os mecanismos utilizados pelos tribunais no Brasil que contam com o auxílio da inteligência artificial, mas a construção de uma decisão judicial utilizando essa tecnologia deve seguir os mesmos elementos de uma decisão proferida por juízes humanos.

Não é que existe o interesse na retirada da humanização nos julgamentos dos processos judiciais, mas a participação da inteligência artificial no processo decisório, com a utilização dos procedimentos de aprendizagem da máquina através de interpretações humanas por meio dos algoritmos, servirá para atender o princípio da segurança jurídica e o princípio da isonomia, baseada na utilização de variáveis específicas para a formulação de decisão isonômica dentro de relações jurídicas semelhantes.

O emprego do mecanismo da inteligência artificial no processo de tomada de decisões tem fundamento na estruturação lógica dos algoritmos que, por meio do aprendizado, consegue caracterizar a solução do problema.

Os algoritmos são sistemas lógicos e o seu processo de construção se desenvolve em três etapas: a primeira busca identificar com precisão o problema a ser resolvido e é nessa etapa que o profissional da computação necessita do auxílio do operador do direito para realizar a identificação do caso a ser solucionado; a segunda fase consiste na análise da compreensão dos parâmetros identificados e, por último, a solução é descrita e traduzida para alguma linguagem da programação (REIS, 2020, p.21).

É assim que os algoritmos são usados para “coletar e interpretar dados, fazendo predições sobre fenômenos, de forma que as máquinas desenvolvam os próprios modelos e façam predições automáticas”. Dessa forma, um conjunto de dados é analisado e o sistema ajusta as suas variáveis para estruturar os caminhos mais assertivos (resultados desejados), utilizando operações matemáticas. (FERRARI e BECKER, 2021, p. 281 e 282).

Isso significa que a informação que a máquina precisa “entra” (*input*) no sistema e os algoritmos programados identificam as possíveis soluções daquele problema – com dados relacionados aos padrões de fatos de processos judiciais, de documentos, de julgamentos e de

precedentes – e o resultado "sai" (*output*) do sistema, com o objetivo desejável (decisão judicial programada) (ROQUE, 2020, p. 5).

Com advento do *big data*, ferramenta que permite a coleta, análise e interpretação de um grande volume de dados, é possível que o sistema seja alimentado com um objetivo e com várias informações de entrada que serão testadas pelo sistema até encontrar o resultado desejado, ou seja, busca fornecer a decisão mais assertiva (aquela que recebeu um peso maior pelas operações matemáticas). Essa estruturação algorítmica necessita de uma supervisão, uma vez que dados fornecidos ao sistema foram inspirados em erros e acertos humanos, com identificação dos caminhos e das decisões mais corretas a serem tomadas (FERRARI e BECKER, 2021, p. 282).

De acordo com Sartor e Branting (*apud* FRAZÃO, 2019, p. 74), a utilização da inteligência artificial no processo de tomada de decisões vai trazer inúmeros benefícios para o Poder Judiciário. Os autores afirmam que as tecnologias baseadas na inteligência artificial estão em constante aperfeiçoamento e devem ser aplicadas com suporte no raciocínio humano, baseadas em construções teóricas com a finalidade de melhorar a desempenho argumentativo e discricionário dos juízes e ao mesmo tempo alcançar mais flexibilidade no processo decisório, diminuindo as implicações dos excessos de processos e das limitações dos Tribunais.

Um dado relevante que merece destaque foi divulgado pela Corte Europeia de Direitos Humanos (WAKEFIELD, 2016), que adotou sistemas de tecnologia de inteligência artificial na elaboração de decisões judiciais, demonstrando índice de acerto em 79% nos casos analisados pelo programa. O sistema foi capaz de ir além do processamento de informações automatizadas, uma vez que conseguiu alcançar resultado na análise do significado dos textos empregados nas demandas de forma muito mais detalhada.

É dessa forma que a inteligência artificial poderá trazer benefícios e será relevante para evitar e diminuir a quantidade de decisões divergentes no Poder Judiciário. Isso significa que por meio do avanço da tecnologia e das ferramentas da inteligência artificial, as máquinas poderão ser alimentadas com fatos semelhantes extraídos de processos judiciais já concluídos e submetidos a julgamento para interpretar, de forma estatística, o melhor resultado para a demanda, ofertando ao magistrado a melhor resolução dos litígios.

Os resultados encontrados servirão tanto para auxiliar na diminuição do tempo do curso processual como também para auxiliar os juízes nos parâmetros adotados no julgamento de casos semelhantes, evitando-se um pronunciamento judicial divergente diante de casos

substancialmente idênticos. Entretanto, a legislação nacional vigente é insuficiente para adoção dessa modalidade tecnológica.

A verdade é que a ausência de leis sobre o tema traz uma falsa impressão de que não existe limite para o uso da tecnologia aplicada ao Poder Judiciário. Entretanto qualquer uso desse avanço tecnológico deve priorizar a produção judicial objetiva em busca da verdade e do apaziguamento social, com fundamento nas normas jurídicas, nos princípios fundamentais e nas garantias processuais (SANCTIS, 2020, p. 180).

No Brasil, a inteligência artificial é objeto do Projeto de Lei nº 5.691/2019, atualmente em tramitação no Senado Federal, que visa instituir a Política Nacional de Inteligência Artificial, e do Projeto de Lei nº 21/2020, em tramitação na Câmara dos Deputados, que visa estabelecer fundamentos, princípios e diretrizes para o desenvolvimento e aplicação da Inteligência Artificial no Brasil.

Devido à necessária regulamentação do uso da inteligência artificial no processo de tomada de decisões e considerando a importância estratégica no âmbito econômico e social é importante promover debates e articular esforços para estimular um ambiente favorável à implantação de um sistema tecnológico que favoreça o crescimento nos diversos setores econômicos e, também, no campo jurídico, com o estabelecimento de um ambiente seguro para os usuários com observação aos princípios, à ética e aos direitos fundamentais consagrados do texto constitucional.

Portanto, a inteligência artificial no sistema jurídico reforça que o avanço da tecnologia e a sua utilização na fase decisória levará a um aumento da objetividade, com melhor segurança jurídica, além de alcançar maior celeridade na tramitação das demandas, diminuindo a divergência que se apresenta dentro dos tribunais, todavia é urgente a atuação do Poder Legislativo para regulamentar o uso da inteligência artificial como suporte decisório dos magistrados.

CONCLUSÃO

É notório que o avanço tecnológico está presente em diversas áreas do conhecimento. No campo das ciências jurídicas a implantação dos sistemas de inteligência artificial cresceu nos últimos anos. Estima-se que a maioria dos Tribunais já conta com alguma participação dessa nova tecnologia em seus procedimentos judiciais.

Em que pese a grande maioria dos projetos em funcionamento compreenderem um processamento automatizado, já é possível discutir sobre o impacto e a relevância do uso da inteligência artificial no processo de tomada de decisões.

No Brasil, a existência de vários métodos hermenêuticos interpretativos enseja entendimentos diversificados sobre uma mesma norma jurídica pelos juízes e tribunais. Entretanto, a certeza jurídica é essencial às decisões judiciais, razão pela qual o uso da inteligência artificial por meio dos algoritmos é uma solução para retirar o subjetivismo judicial do processo decisório e uniformizar os julgamentos dos conflitos sociais.

Mas, além disso, outros impactos positivos serão observados nas demandas levadas ao Poder Judiciário. Uma das vantagens é a celeridade processual, tendo em vista que os sistemas com inteligência artificial possuem capacidade de analisar os processos e as peças processuais em um intervalo de tempo infinitamente menor do que um servidor especializado ou um magistrado.

Assim, a criação de mecanismos de inteligência artificial servirá para alcançar mais isonomia na tomada de decisões, garantindo uma redução na litigiosidade, em razão do alcance da uniformização da jurisprudência por meio de máquinas inteligentes capazes de interpretar um grande volume de dados e indicar os caminhos mais assertivos.

Dessa forma, as máquinas terão o poder de figurar como um instrumento para auxiliar o exercício da atividade jurisdicional, alcançando resultados mais justos na análise do significado dos textos empregados nas demandas de forma muito mais detalhada, reduzindo o tempo dispensado pelos servidores e magistrados.

Portanto, a otimização do tempo permite que os juízes e os tribunais se dediquem de forma mais profunda aos *hard cases*, sendo que as máquinas inteligentes podem auxiliar os magistrados no julgamento de demandas mais simples e repetitivas, entregando a sociedade uma decisão jurídica equivalente para casos semelhantes, respeitando a imparcialidade e a transparência na tomada de decisões.

Com isso, haverá uma diminuição considerável de provimentos judiciais distintos em julgamentos de casos idênticos, garantindo segurança jurídica e isonomia para o jurisdicionado.

Sobre a regulamentação legislativa da aplicação da inteligência artificial no campo jurídico decisório é importante mencionar que a legislação brasileira existente é insuficiente, uma vez que não há norma regulamentadora sobre o tema, mas corrida legislativa se mostra urgente e necessária, tendo em vista que o uso da inteligência artificial é cada vez mais crescente

no nosso país e está presente em diversas fases de um processo judicial, inclusive já existem projetos em pleno funcionamento nas Cortes Superiores e Corte Suprema.

No Brasil, a inteligência artificial é objeto do Projeto de Lei nº 5.691/2019, atualmente em tramitação no Senado Federal, que visa instituir a Política Nacional de Inteligência Artificial, e do Projeto de Lei nº 21/2020, em tramitação na Câmara dos Deputados, que visa estabelecer fundamentos, princípios e diretrizes para o desenvolvimento e aplicação da Inteligência Artificial no Brasil.

Isso significa que o emprego da inteligência artificial no âmbito do Direito, principalmente na fase de tomada de decisões, deve ser realizado a partir de uma regulamentação capaz de definir diretrizes, princípios e fundamentos que deverão ser observados, com atenção especial aos limites que a inteligência artificial deverá obedecer na construção de uma argumentação e fundamentação de um provimento judicial.

Dessa forma, a utilização da inteligência artificial na seara jurídica é um fenômeno em crescente expansão que, após as devidas regulamentações, permitirá o uso de novas tecnologias na esfera decisória, contribuindo para o alcance da celeridade, isonomia e principalmente para a segurança jurídica, diminuindo o subjetivismo judicial e, com isso, as falhas humanas.

REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges. **Discricionariedade administrativa e judicial:** ato administrativo e a decisão judicial. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2 ed. Tradução Virgílio A. Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

BRASIL. **Lei 13.105, de 16 de março de 2015**. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>.

_____. **Lei 10.259, de 12 de julho de 2001**. Dispõe sobre a instituição dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais no âmbito da Justiça Federal. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/l10259.htm>.

_____. **Lei 11.519, de 19 de dezembro de 2006**. Dispõe sobre a informatização do processo judicial; altera a Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil; e dá outras providências. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11419.htm>.

_____. **Projeto de Lei 21/2020, de autoria do Deputado Federal Eduardo Bismarck**. Disponível em <https://www.camara.leg.br/propostas-legislativas/2236340>.

_____. **Projeto de Lei 5691/2019, de autoria do Senador Styvenson Valentim**. Disponível em < https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/139586>.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 2002.

CINTRA, Antonio Carlos de Araujo. GRINOVER, Ada Pellegrini Grinover e DINAMARCO, Cândido Rangel Dinamarco. **Teoria Geral do Processo.** 27ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

DWORKIN, Ronald. **Uma Questão de Princípio**. Tradução de Luís Carlos Borges. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

DWORKIN, Ronald. **A justiça de Toga**. Ed. Martins Fontes. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

FERRARI, Isabela e BECKER, Daniel. **Direito à explicação e decisões automatizadas: reflexões sobre o princípio do contraditório** In: NUNES, Dierle et al. Inteligência Artificial e Direito Processual – os impactos da virada tecnológica no direito processual, 1ª. Edição. Salvador: JusPodium, 2020.

FRAZÃO, Ana; MULHOLLAND, Caitlin et Al. **Inteligência Artificial e Direito: Ética, Regulação e Responsabilidade**. 1ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

Laboratório Artificial da Universidade de Brasília. **Victor**. Disponível em <https://ailab.unb.br/projetos/victor>.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Divergência Jurisprudencial e Súmula Vinculante**. 5. ed. versão., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

MARINONI, Luiz Guilherme. **A Ética dos Precedentes**. 1. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

REIS, Paulo Victor A. **Algoritmos e o Direito**. Portugal: Grupo Almedina, 2020.

ROQUE, Andre Vasconcelos. **Inteligência Artificial na tomada de decisões judiciais: três premissas básicas**. Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP. Disponível em <: https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/53537>, v. 22, n. 1, p. 58-78, janeiro a abril, 2021

ROVER, Aires José. **A democracia digital possível**. Revista Sequência, Florianópolis, V.27, n. 52, p. 85-104, jul. 2006.

SANCTIS, Fausto Martin D. **Inteligência Artificial e Direito**. Portugal: Grupo Almedina, 2020.

STRECK, Lênio. **O “cartesianismo processual” em terrae brasilis: a filosofia e o processo em tempos de protagonismo judicial**. Revista NEJ Eletrônica. Disponível em <www.univali.br/periodicos>, v.18, n. 1, p. 05-22, janeiro a abril, 2013.

_____. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** 6ª ed. São Paulo: Livraria do Advogado, 2017.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Inteligência artificial está presente em metade dos tribunais brasileiros, aponta estudo inédito**. 2021. Disponível em < https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/09032021-Inteligencia-artificial-esta-presente-em-metade-dos-tribunais-brasileiros--aponta-estudo-inedito.aspx>

TEIXEIRA, Tarcisio. **Direito Digital e Processo Eletrônico**. 5° ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2020.

WAKEFIELD, Jane; **AI predicts outcome of human rights cases**. BBC News, 23 de Outubro de 2016. Disponível em < https://www.bbc.com/news/technology-37727387>.

EFICIÊNCIA DOS BENEFÍCIOS FISCAIS E NEUTRALIDADE FISCAL

TAX BENEFITS EFICIENCY AND FISCAL NEUTRALITY

Flávio Felipe Pereira Vieira dos Santos[1]

Resumo: o presente artigo tem por objetivo analisar a relação entre a concessão de benefícios fiscais e seus efeitos sobre a ordem econômica, sobretudo pela ótica da neutralidade fiscal. Questionam-se os mecanismos de controle desse instrumento de intervenção estatal, sua eficiência e seu volume em relação ao orçamento público. Nesse sentido, sugerem-se alternativas para o cumprimento dos mesmos objetivos, sem tamanho ônus ao erário público. Para tanto, é realizada a revisão de bibliografia sobre os temas atinentes ao objeto de estudo, bem como a análise do caso da desoneração da folha de pagamentos, observada a partir de dados quantitativos sobre sua eficiência em relação aos objetivos inicialmente pretendidos.

Palavras-Chave: Benefícios Fiscais; Ordem Econômica; Desoneração da Folha de Pagamentos.

Abstract: the current article analyses the connection between tax benefits and its effects over the economic order, mainly in relation to fiscal neutrality. The mechanisms of monitoring and controlling are enquired with respect to efficiency and public budget bulk. Therefore, are suggested alternatives to the accomplishment of the same goals without such a burden to the public finances. For this purpose, the article promotes bibliographic review of those topics, as well as an analysis of the payroll tax exemption as a leading case, observing quantitative data about its efficiency in relation to the initial goals.

Keywords: Tax Benefits; Economic Order; Payroll Exemption.

Sumário: 1. Os Benefícios Fiscais Enquanto Instrumento de Desenvolvimento Econômico e Social. 2. Neutralidade Fiscal e Limites da Intervenção Estatal na Ordem Econômica. 3. Mecanismos de Controle da Adoção de Incentivos Fiscais. 4. Desoneração da Folha de Pagamentos: Análise dos Efeitos Anticoncorrenciais e da Eficiência do Benefício Fiscal. Conclusão.

1. OS BENEFÍCIOS FISCAIS ENQUANTO INSTRUMENTO DE DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO E SOCIAL

[1] Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo (FDRP/USP). Graduando em Ciências Contábeis pela Faculdade de Economia, Administração e Contabilidade de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo (FEARP/USP). Advogado Tributarista.

O artigo 170 da Constituição Federal enuncia como princípios essenciais do dirigismo econômico nacional: (a) a soberania nacional, (b) a propriedade privada, (c) a função social da propriedade, (d) a livre concorrência, (e) a defesa do consumidor, (f) a defesa do meio ambiente, (g) a redução das desigualdades regionais e sociais, (h) a busca do pleno emprego, e (i) o tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País, todos fundados na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, com o objetivo principal de assegurar a todos uma existência digna.

Tratam-se disposições que deixam claros os objetivos do Brasil na nova ordem constitucional: o desenvolvimento econômico e social do país, com a redução de problemas estruturais - a exemplo da desigualdade - e com especial atenção para instituições e sujeitos historicamente segregados do processo de formação nacional – consumidores, empresas de pequeno porte, função social da propriedade e preservação do meio ambiente – mas ainda observados os princípios de uma economia de mercado capitalista, como a livre iniciativa e a propriedade privada.

A despeito da eficiência da economia de mercado, esta possui diversos vícios, imperfeições e desníveis que não são autocorrigíveis pela "mão invisível do mercado", de modo que, por vezes, faz-se necessária a intervenção do Estado para corrigir tais problemas. A intervenção estatal pode variar desde a atuação expansiva para coibir a formação de monopólios e oligopólios por meio de órgãos de defesa da concorrência, como o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), até a indução de comportamentos econômicos e sociais que os legisladores entendem como necessários e/ou estratégicos para o desenvolvimento nacional (ROSSETI, 2003). Nesse último caso, o Estado pode se valer de políticas fiscais a fim de modelar a estrutura e os comportamentos econômicos e sociais conforme o que se julgar a melhor necessidade ou interesse do país.

Eros Roberto Grau identifica que uma das formas de intervenção estatal é justamente a de indução, qualificada enquanto manipulação dos instrumentos de intervenção em consonância e conformidade com as leis que regem o funcionamento dos mercados (GRAU, 2008). Em outras palavras, o Estado pode se valer de ferramentas de política fiscal, como os benefícios fiscais, para alcançar finalidades específicas, seja estimulando ou desestimulando certos comportamentos econômicos e/ou sociais.

Os benefícios fiscais são instrumentos de intervenção do Estado na ordem econômica, cujo desenho das obrigações principais e acessórias da relação tributária possui um objetivo pré-definido que justifica sua instituição (ELALI, 2020). Os benefícios podem ser do tipo: (i)

subvenções: ajudas pecuniárias concedidas pelo Estado em favor de instituições que prestam ou realizam obras de interesse público; (ii) créditos presumidos: que podem ter natureza tanto de subsídios quanto de subvenções ou de simples redução da base de cálculo do tributo; (iii) subsídios, que são estímulos econômicos para determinas atividades por períodos predefinidos; (iv) isenções tributárias, que evitam o nascimento da obrigação tributária; e, por fim, (v) os diferimentos, que adiam o cumprimento das obrigações tributárias, se cumpridos alguns requisitos (CARVALHOSA, 1997).

Ainda, necessário dizer que os benefícios fiscais também se diferem das imunidades, porquanto estas últimas possuem previsão constitucional, a exemplo da imunidade para exportações (art. 153, inc. IV, § 3º, inc. III da Constituição Federal), enquanto os primeiros têm origem na legislação complementar e, em tese, possuem caráter transitório.

Os benefícios fiscais, ao contrário dos tributos em geral, possuem não um caráter arrecadatório, de aumento das receitas públicas a fim de financiar políticas governamentais, mas, ao contrário, se valem justamente da renúncia de receitas tributárias, sob a justificativa de que tais renúncias gerarão um bem-estar econômico ou social. Dessa forma, diz-se que os benefícios fiscais possuem uma função extrafiscal, pois seus efeitos esperados não se destinam à função primordial da tributação, mas, sim, para influenciar o comportamento da sociedade e do mercado.

Nesse sentido, um dos exemplos clássicos de intervenção por indução citado por Eros Grau, mas com efeito negativo, é o da tributação sobre cigarros, cuja alíquota *ad valorem* do Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI) é de 300%, aplicada sobre 15% do preço do produto, resultando em uma alíquota efetiva de 45% sobre o preço da venda (PAES, 2017). A justificativa para uma alíquota tão elevada sobre o produto tem fundamento na própria Constituição Federal, que em seu artigo 153, § 3º, inc. I, prevê que o IPI será seletivo em função da essencialidade do produto, i.e., quanto menos essencial, maior poderá ser a alíquota, cujo valor depende da discricionariedade do legislador.

Para além da justificativa de índole constitucional, há, igualmente, razões “nobres” para a sobretaxação do item, quais sejam, o desestímulo ao tabagismo, o que, em tese, diminuiria tal prática e a incidência de doenças respiratórias e de câncer de pulmão na população, e, por consequência, as despesas do sistema público de saúde com tais moléstias. Com efeito, a política de tributação elevada de cigarros, em conjunto com campanhas educativas e antitabagistas parece ter alcançado bons resultados, com o número de fumantes no país diminuindo 40% na última década (OMS, 2019), embora também tenha havido aumento do contrabando de cigarros (PAES, 2017).

Os efeitos da sobretaxação do cigarro correspondem justamente à função extrafiscal da tributação, onde, para além do caráter arrecadatório, os tributos também podem atuar para moldar comportamentos e atividades. Roque Carrazza entende que a extrafiscalidade ocorre quando o legislador aumenta ou diminui alíquotas e/ou as bases de cálculo dos tributos, com o objetivo de induzir o contribuinte a fazer ou deixar de fazer algo (CARRAZZA, 2009).

A própria Constituição Federal permite a atribuição de função extrafiscal à tributação. Como exemplo, citem-se os artigos 146, inc. II, alínea "d"; e 170, inc. IX da CF, que preveem o tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte de origem nacional, o que se justificaria enquanto medida de estímulo econômico às companhias no início de sua formação, a fim de fomentar a criação e manutenção de empregos e estimular a economia.

Em outras palavras, o texto constitucional prevê a utilização da extrafiscalidade enquanto instrumento de alcance de equidade e de enfrentamento de problemas estruturais de matiz social e econômica. Nesse contexto, também é o artigo 151, inciso I da CF, que excetua a regra tributária da uniformidade geográfica ao determinar que a União, por meio de incentivos fiscais, poderá promover o desenvolvimento socioeconômico entre as diferentes regiões do país; e o artigo 146-A, que permite o estabelecimento de critérios especiais de tributação a fim de prevenir desequilíbrios concorrenciais.

Tratam-se de dispositivos que anuem a utilização de incentivos fiscais, enquanto ferramentas de intervenção do Estado na economia, a fim de suprimir as falhas de mercado e atenuar desigualdades sociais e regionais. A ideia de que as políticas de tributação podem ser utilizadas como instrumentos de desenvolvimento econômica e sócia tem origem na concepção doutrinária de que a atual Constituição busca a formação de um Estado social, em detrimento de um Estado liberal. Nessa qualidade, Tércio Sampaio (2007) entende que :

> os tributos, se não deixaram de ser vistos como fontes de receita para o Estado, passaram, também, a ser instituídos, majorados, extintos com uma outra função: mecanismos de intervenção do Estado na economia.

Entre outros exemplos do uso extrafiscal da estrutura tributária para tentar corrigir desequilíbrios regionais, atenuar desigualdades e modular comportamentos sociais e econômicos, podem ser citados, respectivamente, o estabelecimento da Zona Franca de Manaus; a adoção do Simples Nacional, e a desoneração da folha de pagamentos.

Tratam-se de políticas públicas baseadas na concessão de incentivos fiscais que visam: (i) estimular o desenvolvimento econômico em regiões mais afastadas dos grandes centos de inovação e indústria (Zona Fraca de Manaus); (ii) instituir regimes especiais a fim de tornar mais prático e menos oneroso o cumprimento das obrigações tributárias de micro e pequenas

empresas (Simples Nacional); e (iii) reduzir custos de produção nas empresas brasileiras, auferindo-lhes mais competitividade e evitando demissões (Desoneração da Folha de Pagamentos).

A despeito da possibilidade de os incentivos fiscais, enquanto políticas públicas, terem o condão de estimular setores econômicos tidos como estratégicos; diminuir desigualdades ou corrigir as falhas de mercado e externalidades negativas – ou ao menos fazer com que elas "falhem menos" – surgem algumas problemáticas acerca da real necessidade de sua implementação e, quando esta é verificada, de sua efetividade.

No que diz respeito à necessidade dos incentivos fiscais, deve ser recobrado que, a despeito de seu caráter "bem-intencionado", trata-se de renúncia de receitas por parte do Estado, o que implica, naturalmente, na retirada de verba do orçamento de um programa, para suprir a lacuna deixada pela concessão desses benefícios a outro grupo. Dessa forma, o mais adequado seria verificar políticas alternativas e menos onerosas para consecução do fim pretendido, antes de desonerar tributos e, consequentemente, diminuir o orçamento em outras áreas essenciais, como saúde, educação, transportes e investimentos públicos.

Acerca do desenho institucional dos incentivos fiscais, se constatada sua real necessidade enquanto alternativa mais viável para as metas de Estado, sua implementação deve basear-se em estudos que demonstrem sua efetividade e em que condições. Quando de sua adoção, o mais apropriado é o acompanhamento permanente de seus efeitos, a fim de verificar se os objetivos propostos são atingidos e, se assim o for, gradualmente retira-los, sob o risco de o incentivo fiscal tornar-se algo naturalizado, enraizado e tido como um permanente privilégio do grupo beneficiado, e não como um estimulo transitório.

A despeito dessas observações para a adoção fiscalmente responsável de incentivos fiscais, o que se observa é a concessão desmensurada e pouco criteriosa desses benefícios, sem amparo por estudos que demonstrem sua efetividade por parte de órgãos independentes de acompanhamento e, sobretudo, sem limite de tempo para sua duração (PELLEGRINI, 2018).

Segundo dados do Tribunal de Contas da União (TCU), as renúncias fiscais saltaram de R$ 77,7 bilhões (3,2% do PIB) em 2006, para aproximadamente R$ 348,4 bilhões (4,8% do PIB) em 2019, sendo R$ 308,4 bilhões em razão de benefícios tributários, e R$ 40 bilhões de benefícios financeiros e creditícios (TCU, 2019). Entre os principais programas de incentivos fiscais, destacam-se o Simples Nacional (R$ 75,9 bilhões), a Zona Franca de Manaus e Áreas de Livre Comércio (R$ 22,2 bilhões) e a Desoneração da Folha de Pagamentos (R$ 25,2 bilhões), em valores de 2015 (PORSSE, 2019).

Os dados revelam o impacto dos incentivos fiscais na economia do Brasil, e demonstram a necessidade de que tais políticas sejam, de fato, efetivas, e se traduzam em retornos econômicos e sociais aptos a justificaram a sua implementação e manutenção, sobretudo em razão do volume de receitas públicas renunciado, e da flexibilização dos limites da intervenção estatal na ordem econômica, em detrimento de direitos e princípios como a livre concorrência, a livre iniciativa e a neutralidade fiscal.

2. NEUTRALIDADE FISCAL E LIMITES DA INTERVENÇÃO ESTATAL NA ORDEM ECONÔMICA

A Constituição Federal de 1988 é a mais abrangente e extensa das constituições brasileiras no que diz respeito à positivação de direitos e garantias individuais, afirmando compromissos ambiciosos e grafados como fundamentais, como a erradicação da pobreza e da marginalização, e a redução das desigualdades sociais e regionais.[2] Para além dos desafios estruturais desses objetivos, a efetivação de direitos e garantias têm um custo, sobretudo em um país de dimensões continentais, tornando necessário que o Estado possua uma fonte de receitas correntes, isto é, pouco dependente de variáveis econômicas internas e externas. Diante disso, a arrecadação através da tributação se coloca enquanto principal receita pública dos entes federados.

Contudo, ao mesmo tempo em que a Constituição Federal prevê um extenso rol de direitos e traça metas complexas dependentes de grande quantidade de recursos, angariados, sobretudo, por meio da tributação, ela também coloca como princípios orientadores da ordem econômica a livre concorrência e o dever do Estado de prevenir desequilíbrios no mercado[3]. Em outras palavras, a efetivação dos direitos e o combate à desigualdade deve se dar com o mínimo de interferência estatal na seara econômica,

No que diz respeito à tributação, esta deve ser realizada com o mínimo de efeitos negativos. De fato, a tributação, por si só, já gera consequências negativas ao mercado, vez que interfere na precificação de mercadorias e serviços, fazendo com que os produtores tenham de repassar o custo da tributação para os demais agentes da cadeia de consumo. A expectativa, é claro, é que a receita arrecadada com a tributação – a qual diminui a produção e o consumo (CARVALHO, 2008) – seja utilizada na prestação de serviços públicos de interesse geral, de

[2] Art. 3º, inc. III da Constituição Federal.
[3] Art. 170, inc. IV; e art. 146-A, ambos da Constituição Federal/1988.

modo que os efeitos negativos da tributação sejam diminuídos ou até mesmo compensados pelo bem-estar geral adquirido.

A simples instituição de tributos, ou majoração de alíquotas ou bases de cálculo, no entanto, não é a única fonte de desequilíbrios econômicos, sendo que as desonerações tributárias também podem ter efeitos adversos sobre o mercado. Embora possa parecer contraditório que a renúncia de tributos pelo Estado possa ter efeitos deletérios na economia, tal mecanismo, a depender de seu desenho institucional, pode causar desajustes nos setores econômicos, porquanto possui efeitos semelhantes ao da tributação propriamente dita: alteração do preço relativo dos bens, com o potencial de gerar externalidades negativas, desequilíbrios na concorrência e falhas de mercado (RIBEIRO, 2013).

Isso ocorre em razão da ausência de estudos efetivos de impactos econômicos de uma lei tributária, seja criando ou alterando tributo já existente, seja concedendo incentivos fiscais, o que pode levar ao desequilíbrio entre os agentes econômicos, estímulo à sonegação e migração de empresas para outros estados ou mesmo outros países (LA GUARDIA, 2007). Em outras palavras, o legislador dificilmente calcula o montante de receitas tributárias, ou as perdas de arrecadação quando da edição de uma lei, a despeito de previsão expressa para que a concessão ou ampliação de incentivos fiscais seja acompanhada de estimativa de impacto orçamentário-financeiro, nos termos do artigo 14 da Lei Complementar nº. 101/2000 (Lei de Responsabilidade Fiscal):

> Art. 14. A concessão ou ampliação de incentivo ou benefício de natureza tributária da qual decorra renúncia de receita deverá estar acompanhada de estimativa do impacto orçamentário-financeiro no exercício em que deva iniciar sua vigência e nos dois seguintes, atender ao disposto na lei de diretrizes orçamentárias e a pelo menos uma das seguintes condições.

Ao mesmo tempo, juízes, ao julgarem a legalidade ou constitucionalidade das leis tributárias, acabam formando seu convencimento com base no estimado prejuízo financeiros que a decisão pode causar ao Estado, em uma linha argumentativa consequencialista (PEREIRA, 2017) que está muito longe de basear-se em dados empíricos e em uma análise econômica do direito (RIBEIRO; GONÇALVES, 2013).

Nesse cenário, o Direito, em seu caráter legiferante, tem a função de desestimular as falhas de mercado[4] e externalidades negativas.[5] Contudo, deve atuar de forma cautelosa e a partir de informações e dados que efetivamente demonstrem: (i) a real necessidade da intervenção por meio de incentivo fiscal, inexistindo outros meios para tanto; (ii) a consecução do objetivo pretendido, tenha índole econômica ou social, e; (iii) a compensação dos desequilíbrios econômicos e mercadológicos derivados da intervenção estatal, seja pelos próprios subprodutos dos incentivos fiscais, seja pelo aumento da carga tributária para outros grupos.

A despeito das falhas de mercado, a alocação mais eficiente dos recursos ocorre pelo seu livre funcionamento, e não por meio de intervenção estatal. Diante disso, Marcia Carla Pereira Ribeiro afirma que somente (RIBEIRO; GALESKI, 2009) na presença de ineficiências e falhas de mercado é que o Estado deve interferir, de forma pontual e específica, a fim de elimina-las – ou mitiga-las, ao menos.

O entendimento de Marcia Ribeiro reflete o princípio da neutralidade da tributação, definida como o *"dever dirigido do Estado, no sentido de que nem a imposição, nem a exoneração tributária causem desequilíbrios na concorrência*" (LIMA, 2005). Em outras palavras, a tributação ou sua ausência deve impactar minimamente o preço final dos produtos e serviços no mercado. A neutralidade fiscal está positivada enquanto princípio constitucional explícito no artigo 146-A da Constituição Federal, que assim preconiza:

> Art. 146-A. Lei complementar poderá estabelecer critérios especiais de tributação, com o objetivo de prevenir desequilíbrios da concorrência, sem prejuízo da competência de a União, por lei, estabelecer normas de igual objetivo.

Um ambiente sem desníveis concorrenciais pressupõe que todos os *players* encontrem as mesmas condições de exercícios de suas atividades, o que inclui, naturalmente, no livre jogo de precificação dos bens e serviços comercializados, sem que estes sejam ditados ou sofram interferências de agentes externos. Diante disso, a neutralidade fiscal implica justamente em uma tributação instituída e regulamentada de modo a não causar desigualdade de condições entre os *players* apenas e tão somente em razão da existência de uma medida estatal (FERRAZ JUNIOR, 2005).

---

[4] Falhas de mercado são aqui entendidas enquanto situações em que a livre concorrência não é suficiente para corrigir desvios do sistema econômico e imperfeições do mercado, a exemplo da disparidade de poderio econômico entre os *players* e assimetria de informações.

[5] Para efeitos desse artigo, externalidades negativas é o efeito produzido por agentes econômicos que repercutem de forma prejudicial sobre o setor econômico delimitado, sem que haja compensação de suas consequências na forma de bem-estar ou renda.

A despeito disso, a igualdade de condições no mercado também pode ser desnivelada pela própria estrutura de mercado, fruto das próprias falhas de mercado, como as concentrações econômicas que podem dar origem a monopólios ou oligopólios. Nessas hipóteses, o direito positivo, por meio de seus mecanismos, pode anular, ou ao menos diminuir, as desigualdades existentes entre os agentes econômicos a fim de reestabelecer o equilíbrio de mercado, o que não implica em violação à neutralidade fiscal, como no caso de a legislação tributária atribuir tratamento diverso a contribuintes que se encontrem em situações jurídicas e econômicas diversas (FORTES, 2010).

O Estado pode, por meio de políticas fiscais como as desonerações, impor tratamento desigual entre os contribuintes, mas apenas no limite de suas individualidades e necessidades, a exemplo do tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte de origem nacional, com previsão constitucional (artigos 146, inc. II, alínea "d"; e 170, inc. IX da CF). Em outras palavras, trata-se de tratar igualmente os iguais, e desigualmente os desiguais na justa medida de suas desigualdades (NERY JUNIOR, 1999).

Em suma, excetuadas as hipóteses em que as políticas fiscais se prestam a nivelar as desigualdades entre os próprios agentes de mercado, não pode uma política tributária causar desequilíbrios na livre concorrência.

A perspectiva de que o Estado intervenha apenas quando absolutamente necessário na economia é verdade tanto para a tributação, quanto para a sua ausência ou diminuição setorial, na forma de benefícios fiscais. Isso porque as empresas detentoras de tais benefícios passam a aturar de forma privilegiada no mercado em relação aos seus concorrentes, vez que, com uma carga tributária menor, podem vender seus produtos e serviços por um preço inferior, o que pode desequilibrar artificial e prejudicialmente a competição entre os *players*.

É interessante notar que a vedação do Estado de causar desequilíbrios concorrenciais no mercado é um desdobramento do princípio da isonomia tributária (art. 150, inc. II da CF), que veda o tratamento desigual entre os contribuintes que se encontrem em situação equivalente, de modo que tanto uma tributação excessiva, quanto a sua ausência podem implicar na violação desse princípio.

Marco Aurélio Grecco observa, contudo, que as distorções causadas pelos incentivos fiscais no mercado acontecem não somente com relação às desigualdades competitivas no setor atingido, mas, igualmente, quando o objetivo da renúncia tributária não é atingido (GRECCO, 2004). Os incentivos fiscais, enquanto instrumento de intervenção do Estado na economia, devem ser utilizados de forma criteriosa e na busca da solução – ou atenuação – de problemas

econômicos e sociais estruturais referentes às falhas de mercado, externalidades e desigualdades regionais.

Não é incomum a concessão de benefícios para um setor econômico específico com o fim de estimula-lo, o que cria uma diferenciação entre os contribuintes não em razão da capacidade contributiva, mas, sim, em razão da atividade desempenhada, a exemplo dos incentivos fiscais para o setor agroindustrial.[6] Como visto, o Estado deve intervir na ordem econômica apenas quando estritamente necessário, e com parcimônia, de modo que a diferenciação entre os contribuintes em razão da atividade econômica –e não da capacidade contributiva – é de difícil justificativa. Ainda assim, as razões invocadas para tal diferenciação geralmente se calçam na suposta necessidade de estimular algum setor econômico sob o argumento de sua importância para a economia, preterindo, naturalmente, outros setores no processo (MITA, 2005).

Diante disso, os incentivos fiscais ainda podem conflitar com outro princípio de matiz constitucional, qual seja, o da livre concorrência, estampado no artigo 170, inc. IV da CF. Isso porque o seu aproveitamento apenas por uma parcela dos contribuintes e de setores específicos, permite a estes uma precificação mais vantajosa no momento da comercialização de bens e serviços; não em razão de seus méritos, mas, sim, da intervenção do Estado na política econômica.

Nesses termos, colocam-se aparentemente em polos antagônicos a livre concorrência, a neutralidade fiscal e os princípios da capacidade contributiva e da igualdade, de um lado; e do outro a faculdade de o Estado se valer dos incentivos fiscais enquanto mecanismos de desenvolvimento econômico e social, o que, conforme apontado também é um dos compromissos da nova ordem constitucional.

Igualdade tributária, capacidade contributiva, livre concorrência e o desenvolvimento social e econômico se colocam todos como direitos fundamentais positivados pelo texto constitucional, ou seja, de igual importância e sem preponderância uns sobre os outros. Na hipótese de conflito entre direitos fundamentais, Robert Alexy argumenta no sentido da necessidade da ponderação, a fim de verificar qual dos direitos fundamentais deveria prevalecer, e qual deveria ser mitigado, ainda que parcialmente. Isso significa considerar as necessidades dos sujeitos de direito envolvidos, o que se faz por meio de um outro princípio: o da proporcionalidade (ALEXY, 2005).

[6] Como exemplos, citem-se a imunidade de IPI e de ICMS para o exportador de produtos industrializados (art. 153, § 3º, inc. III da CF/88); a não incidência de ICMS sobre produtos primários e industrializados semielaborados (art. 3º, inc. II da Lei Complementar nº. 87/96); o drawback (Decreto-Lei nº. 37/66)

Alexy aponta que o exame de proporcionalidade deve se dar examinando a necessidade de sobrepujar um dos direitos fundamentais ao outro. Nesse sentido, há duas etapas a serem seguidas: (i) verificar a existência de outros meios para a realização da finalidade pretendida; (ii) existindo outros meios, qual deles restringiria menos os direitos fundamentais colateralmente afetados (ALEXY, 2005). Em não sendo possível a utilização de instrumentos alternativos para consecução do fim pretendido, deve-se considerar (i) se a restrição do direito será leve, moderada ou séria; (ii) a importância de satisfazer o direito promovido, também em estados de gradação; e (iii) se os resultados obtidos são suportáveis diante da supressão do direito fundamental conflitante.

Nesse quadro, quando da implementação de um incentivo fiscal, a simples indicação de que este visa a promoção de um direito fundamental é insuficiente, devendo ser demonstrada sua justificativa, necessidade e possibilidade de sucesso; e, após sua adoção, necessário que se faça um acompanhamento permanente a fim de verificar se os fins pretendidos foram atingidos, em que grau, e se ainda é necessária a sua permanência para tanto. Satisfeitas tais exigências, a intervenção estatal na ordem econômica pode ser justificada, ainda que diante da flexibilização de princípios e de direitos fundamentais, como a igualdade tributária, a capacidade contributiva e a livre concorrência.

Embora seja notória a necessidade de instrumentalizar o controle desses critérios para concessão de benefícios fiscais, o ordenamento jurídico brasileiro dispõe de poucos e limitados dispositivos para tanto. A Lei de Responsabilidade Fiscal, embora traga algumas disposições sobre a política de benefícios fiscais, o faz de forma pouco efetiva, e tampouco há órgãos independentes voltados para o acompanhamento da implementação de incentivos fiscais.

3. MECANISMOS DE CONTROLE DA ADOÇÃO DE INCENTIVOS FISCAIS

Conforme mencionado, a concessão de benefícios fiscais, quaisquer que sejam suas espécies, implica, necessariamente, em uma renúncia de receitas por parte do ente federado. Os economistas têm ciência de que os recursos disponíveis são escassos, no sentido de que a alocação do erário em um empreendimento, implica, por regra, na retirada do mesmo montante de outro projeto. Em outras palavras, as renúncias de receitas tributárias têm como efeito a diminuição de investimento em outros serviços e investimentos públicos, pelo que o Estado não pode promover isenções fiscais sem determinar se os demais objetivos orçamentários previstos para o período poderão ser cumpridos.

A determinação das consequências da instituição de benefícios fiscais não é tarefa simples, e, dada a complexidade das relações econômicas, sua quantificação precisa é impraticável, sobretudo em razão da estrutura em cascata das cadeias de produção. Nesse sentido, Martha Leão entende que as normas extrafiscais não eliminam a discricionariedade que o contribuinte possui para agir ou não da forma esperada pela norma fiscal indutora, pelo que os efeitos dos benefícios fiscais podem ou não se realizar na prática, e de formas diferentes da esperada (LEÃO, 2014). Contudo, tal contexto não pode servir de justificativa para que o legislador atue de forma meramente intuitiva, sem qualquer base empírica ou análise contundente dos resultados esperados quando da instituição desses benefícios, e que demonstrem sua real necessidade.

A Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO) tem por objetivo justamente estabelecer as diretrizes para o orçamento anual, incluindo as metas e prioridades do governo federal, despesas de capital, alterações na legislação e política tributária, bem como fixa limites para os orçamentos dos demais Poderes, dispondo sobre os gastos com pessoal e políticas fiscais. Para guiar a elaboração dessa lei anual no tocante às renúncias de receita, a Lei Complementar nº. 101/2000 (Lei de Responsabilidade Fiscal - LRF), em seu artigo 14, prevê que:

> A concessão ou ampliação de incentivo ou benefício de natureza tributária da qual decorra renúncia de receita deverá estar acompanhada de estimativa do impacto orçamentário-financeiro no exercício em que deva iniciar sua vigência e nos dois seguintes, atender ao disposto na lei de diretrizes orçamentárias e a pelo menos uma das seguintes condições:
> I - demonstração pelo proponente de que a renúncia foi considerada na estimativa de receita da lei orçamentária, na forma do art. 12, e de que não afetará as metas de resultados fiscais previstas no anexo próprio da lei de diretrizes orçamentárias;
> II - estar acompanhada de medidas de compensação, no período mencionado no caput, por meio do aumento de receita, proveniente da elevação de alíquotas, ampliação da base de cálculo, majoração ou criação de tributo ou contribuição.
> § 1o A renúncia compreende anistia, remissão, subsídio, crédito presumido, concessão de isenção em caráter não geral, alteração de alíquota ou modificação de base de cálculo que implique redução discriminada de tributos ou contribuições, e outros benefícios que correspondam a tratamento diferenciado.
> § 2o Se o ato de concessão ou ampliação do incentivo ou benefício de que trata o caput deste artigo decorrer da condição contida no inciso II, o benefício só entrará em vigor quando implementadas as medidas referidas no mencionado inciso.
> § 3o O disposto neste artigo não se aplica:
> I - às alterações das alíquotas dos impostos previstos nos incisos I, II, IV e V do art. 153 da Constituição, na forma do seu § 1º;
> II - ao cancelamento de débito cujo montante seja inferior ao dos respectivos custos de cobrança.

Os incisos do dispositivo retro ementado determinam, respectivamente, que quando o Estado criar incentivos fiscais, necessariamente, deverá demonstrar que a renúncia de receitas foi considerada de modo a não impactar no orçamento; ou, alternativamente, compensar a receita renunciada por meio do aumento ou criação de tributo.

Deve-se considerar, ainda, que o parágrafo 3º do mesmo dispositivo dispensa o cumprimento das condições retro quando o benefício fiscal disser respeito à alteração de alíquotas do Imposto de Importação (II), Imposto de Exportação (IE), Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI) e Imposto sobre Operações Financeiras (IOF). Tratam-se exatamente dos impostos com maior repercussão na ordem econômica e que, justamente por isso, não se submetem aos princípios da anterioridade (IPI) e da noventena (II, IE e IOF), podendo suas alíquotas serem alteradas de forma mais rápida do que os demais tributos.

Não é surpresa, portanto, que, diante da exceção prevista ao § 3º do art. 14 da LRF, a maior parte das perdas tributárias com benefícios fiscais, em termos de participação no Produto Interno Bruto (PIB), diga respeito justamente a esses impostos, sobretudo o IPI, embora o Imposto de Renda (IR) também tenha impacto significativo (BARROS; IFI, 2017).

Ainda assim, os requisitos de anuência para as renúncias fiscais previstos à LRF são escassos. A uma porque alternativos, não sendo necessário a cumulação de ambas as condições previstas para implementação do benefício fiscal; a duas porque o primeiro requisito – demonstração de que a renúncia não afetará o orçamento – é, ao menos politicamente, preferível ao segundo – compensação por meio da elevação da carga tributária – o que o torna mais "interessante" do que a compensação da receita renunciada, que seria a opção fiscalmente mais responsável.

No mesmo sentido do artigo 14 da LRF, mas com força de dispositivo constitucional, são os artigos 113 e 114 dos Atos das Disposições Constitucionais Transitórias (ADTC) da Constituição Federal, com redação dada pela Emenda Constitucional nº. 95/2016 ("PEC do Teto de Gastos). Os referidos artigos que estabeleceram que as proposições legislativas que criem ou alterem renuncias de receitas deverão estar acompanhadas de estimativa de seu impacto orçamentário e financeiro (artigo 113 da ADTC); e determina a que qualquer proposição legislativa, excetuadas as medidas provisórias, que acarretem aumento de despesa ou renúncia de receita, poderão ser suspensas por até vinte dias, para análise de sua compatibilidade com o Novo Regime Fiscal, mediante requerimento de um quinto dos membros da Casa Legislativa (artigo 114 da ADTC).

Tratam-se de dispositivos cujos mecanismos de controle sobre as renuncias fiscais são até menos rígidos que os previstos ao artigo 14 da LRF, vez que, neste último diploma legal, a renúncia de receitas também pode estar acompanhada de medidas de compensação por meio de aumento de receita.

A despeito disso, o aumento da carga tributária a fim de compensar a renúncia de receitas pelo uso de incentivos fiscais, naturalmente, acarreta na redistribuição do ônus

tributário de um grupo de contribuintes para outro. Se observado o princípio da capacidade contributiva, a carga tributária poderia recair sobre aqueles com maior possibilidade de fazê-lo; contudo, não há garantias nesse sentido, o que pode acentuar ainda mais as problemáticas concernentes à livre concorrência em razão da intervenção estatal.

Embora a LRF, em seu artigo 14 e incisos, apresente alguns mecanismos de controle "*ex ante*" para a renúncia de receitas, a maior problemática acerca da concessão de benefícios fiscais diz respeito ao período posterior à sua adoção, i.e., referentes à verificação do cumprimento de seus objetivos e, portanto, de sua real efetividade. Enquanto na disciplina tributária a principal preocupação seja estabelecer limites ao poder de tributar, porquanto é o contribuinte quem mais é atingido por eventual abuso desse poder; quando se fala em incentivos fiscais, adota-se a lógica inversa, onde o mais importante é coibir privilégios injustificados.

Nesse aspecto, o artigo 70 da CF prevê que a União fiscalizará a aplicação das subvenções e renúncias fiscais no tocante à sua legalidade, legitimidade e economicidade, tanto por meio do Congresso Nacional, quanto pelo sistema de controle interno de cada Poder[7]. Em complemento, o artigo 165, § 6º também prevê algum controle orçamentário sobre as renúncias fiscais ao determinar que, do projeto de lei orçamentária, conste o *"demonstrativo regionalizado do efeito, sobre as receitas e despesas, decorrente de isenções, anistias, remissões, subsídios e benefícios de natureza financeira, tributária e creditícia*".

Observe-se que o artigo 4º, § 2º, inc. V da LRF estabelece diretriz semelhante, mas inovando em relação ao texto constitucional ao acrescentar a "*compensação de renúncia de receita*" em sua redação.

No que diz respeito a órgãos de acompanhamento, o Decreto Federal nº. 9.588/2018, instituiu o Comitê de Monitoramento e Avaliação dos Subsídios da União (CMAS). No que pese tenha sido revogado pelo Decreto nº. 9.834/2019, foram mantidas as diretrizes básicas do projeto original, mas substituindo o CMAS pelo Conselho de Monitoramento e Avaliação de Políticas Públicas (CMAPP), cuja estrutura é composta tanto pelo CMAS, quanto pelo Comitê de Monitoramento e Avaliação de Gastos Diretos. Os nomes, autoexplicativos, demonstram que o propósito do CMAPP é bem mais amplo que do CMAS, o que pode vir a esvazia-lo em termos institucionais.

[7] Artigo 70 da CF: "A fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas, será exercida pelo Congresso Nacional, mediante controle externo, e pelo sistema de controle interno de cada Poder".

Ademais, o CMAS tem mero caráter consultivo, com a finalidade de monitorar e avaliar as políticas públicas financiadas por subsídios da União. O órgão pode solicitar informações a órgãos gestores de políticas públicas financiadas por subsídios da União (art. 5º, inc. III), instituir mecanismos de transparência (art. 2º, inc. V) e encaminhar aos Ministros de Estado dos órgãos que integram sua diretoria propostas de alteração das políticas avaliadas (art. 2º, inc. IV)

Em termos de transparência, o Decreto nº. 9.834/2019 que instituiu o CMAPP, traz dois anexos contendo a listagem de políticas públicas financiadas por benefícios fiscais, e de natureza financeira e creditícia, com a descrição do tipo de renúncia de receita, a legislação autorizativa, o órgão gestor responsável pela concessão do benefício e a indicação de eventual órgão corresponsável.

Não se olvida, entretanto, a vulnerabilidade da referida normativa, vez que, enquanto simples decreto federal, pode a qualquer tempo ser revogado por mera liberalidade governamental. Ademais, enquanto órgão meramente consultivo, seu papel é muito mais informativo do que regulador e, portanto, por si mesmo, não possui função sancionadora ou corretiva, tal qual o TCU, que pode determinar a sustação de atos do Poder Público.

Atualmente, os benefícios fiscais são instituídos sem qualquer prazo de vigência, pelo que tendem a perder sua eficácia, transformando-se não em instrumentos de desenvolvimento e correção de falhas do mercado, mas, sim, em privilégios injustificados. Em razão disso, as leis de diretrizes orçamentárias da União trazem cláusula de vigência de cinco anos para novos benefícios fiscais concedidos por leis federais, a exemplo da LDO de 2019 (Lei nº. 13.707/2018). Contudo, o referido prazo não tem sido cumprido, o que revela a ineficácia das leis de diretrizes orçamentárias (TAMANINI, 2020).

Vale observar que os gastos tributários, diferentemente dos gastos diretos, não são anualmente submetidos ao rito de aprovação do orçamento, o que torna seu controle ainda mais dificultoso e menos transparente.

Contexto ainda mais dramático, talvez, seja o dos benefícios de autofruição, vez que, nessas hipóteses, não há processo concessório, pois, o próprio contribuinte, no momento do cálculo do tributo, verifica o enquadramento na regra de desoneração, cumpre seus requisitos e usufrui o benefício. E mesmo quando a RFB institui a exigência de habilitação prévia, uma vez obtida, o procedimento torna-se automático. Por oportuno, necessário ressaltar que a RFB não possui atribuição de gerência dos gastos tributários, mas tão somente fiscaliza o cumprimento das obrigações tributárias e, se o caso, atua para coibir o usufruto impróprio de benefício por meio de seus órgãos.

Diante disso, não há, hoje, mecanismos de controle consolidados voltados à fiscalização dos benefícios fiscais concedidos pelo Poder Público, tampouco do cumprimento de seus objetivos para eventual e posterior redesenho institucional de suas estruturas, ou mesmo de sua extinção, verificado seu insucesso.

De modo a suprir esse déficit jurídico-administrativo-institucional, há projetos de lei cujo escopo é justamente criar mecanismos de controle e eficiência da transparência dos benefícios fiscais no Brasil em caráter nacional, i.e., vinculando não apenas a União, como também, Estados, Municípios e o Distrito Federal. Como exemplo, cite-se o PL nº. 561/2018, e o PL. 41/2019, que buscam alterar a LRF para que nela conste a necessidade do estabelecimento de critérios objetivos de implementação e acompanhamento de benefícios fiscais, bem como estabelecer limites anuais para a manutenção, concessão e ampliação desses incentivos de natureza tributária, financeira, creditícia ou patrimonial.

Em suma, os projetos de lei pretendem o estabelecimento de critérios de controle para a concessão de benefícios fiscais e, se adotados, de sua vigência, acompanhamento de resultados e posterior revogação; ou mesmo a limitação do poder dos entes federados para a ampliação dos benefícios fiscais já existentes, quando atingido um teto global para o respectivo exercício financeiro.

O PL 561/2018, em particular, sugere a criação de um rol de metas a serem atingidas pelos benefícios fiscais, citando, a título exemplificativo, indicadores como: empregos diretos e indiretos gerados; aumento das exportações e da arrecadação de tributos. O projeto ainda especifica que, para cada incentivo fiscal concedido, deverá ser designado órgão gestor, do Poder Executivo, para seu acompanhamento e avaliação periódica da consecução das metas de desempenho previamente estabelecidas.

A criação de tais mecanismos de funcionalidade e efetividade trariam avanço significativo ao vácuo jurídico que é o controle da concessão e acompanhamento de benefícios fiscais no Brasil. Como se viu, atualmente o ordenamento brasileiro não conta com outros regramentos relevantes dirigidos diretamente ao conjunto dos gastos já existentes. Na ausência dessas regras, os gastos operam dos mais variados modos, alguns mais propensos ao monitoramento e avaliação, outros menos, segundo livre discricionariedade dos integrantes do Poder Público.

Disso se extrai a indispensabilidade de, quando do desenho institucional de um benefício fiscal, sejam analisadas a finalidade da concessão, condições de fruição, prazo de vigência, montante de benefícios concedidos, os sujeitos que deles fruirão e as renúncias de receitas decorrentes dessa política. Ademais, é necessário o acompanhamento permanente dos

incentivos fiscais, a fim de verificar se seus resultados estão sendo atendidos, e, caso contrário, se o mais adequado seria a sua extinção ou reestruturação.

4. DESONERAÇÃO DA FOLHA DE PAGAMENTOS: ANÁLISE DOS EFEITOS ANTICONCORRENCIAIS E DA EFICIÊNCIA DO BENEFÍCIO FISCAL

Diante do exposto acerca dos incentivos fiscais, sua forma de implementação no Brasil e, sobretudo, da sua relação com os princípios da neutralidade fiscal e livre concorrência, cabe analisar se a política de desoneração da folha de pagamentos promovida – e ampliada - pelo governo federal desde 2011 encaixa-se na descrição de incentivo fiscal justificável e efetivo, ou se, como tanto outros, tornou-se um privilégio irrefletido que poucos agrada e muitos onera.

A política de desoneração da folha de pagamentos tem sua origem após a crise financeira internacional de 2008/2009, em um contexto de recessão global onde diversos governos implementaram medidas de estimulo ao consumo a fim de aquecer a economia por meio de políticas anticíclicas. No Brasil, na esfera tributária, os dois principais instrumentos de incentivo foram a desoneração do IPI da chamada "linha branca" de eletrodomésticos, a fim de estimular o consumo entre as famílias, e a desoneração da folha de pagamentos, este com o fim de promover o desenvolvimento da indústria nacional e a geração e manutenção de empregos, mas ambas as medidas integrantes do "Plano Brasil Maior" (PBM), resumido enquanto um conjunto de ações para promoção da inovação, aumento da competitividade, desenvolvimento industrial nacional e emprego.

A competitividade dos setores econômicos depende, naturalmente, da carga tributária incidente sobre eles. Assim, se um setor econômico possui grande incidência de tributos, o preço de seus bens e serviços será maior e, portanto, menos competitivo. Nesse sentido, em um contexto de crise econômica e desaceleração do consumo, a premissa inicial é a de que a diminuição da carga tributária sobre a indústria e comércio tornaria esses setores mais competitivos e, diante de preços menores, estimularia o consumo, gerando uma cadeia cíclica de constante aquecimento da economia.

No que diz respeito à diminuição da carga tributária especificamente sobre a folha de pagamento, além de supor-se o efeito de estimulo ao consumo e aumento da competitividade, também se esperaria a manutenção de empregos ou mesmo a abertura de novas vagas, em razão do aumento da demanda e dos menores custos para os empregadores.

Com essas suposições, a política de desoneração da folha de pagamentos foi instituída por meio da Medida Provisória nº. 540/2011, posteriormente convertida na Lei nº. 12.546/2011,

e cuidou de alterar a alíquota patronal original de 20% sobre a folha de pagamentos, para uma alíquota variante de 1% a 2%, e incidente sobre o faturamento ou vendas, criando-se a chamada Contribuição Patronal sobre a Receita Bruta. (CPRB), inicialmente aplicada para um número limitado de setores[8]. A perspectiva era estimular a criação de empregos – não apenas reduzindo-se a alíquota incidente, mas também se alterando a base de cálculo da folha de pagamentos dos salários para a receita efetivamente obtida pela empresa – e o consumo, conforme retro exposto.

Já em 2014, com a Medida Provisória nº. 651/2014, convertida na Lei nº. 13.043/2014, houve uma grande ampliação dos setores beneficiados (de 4 para 56), consequentemente aumentando também o valor da renúncia de receitas tributárias, que passou de R$ 3,6 bilhões em 2012, para R$ 25,2 bilhões em 2015 – um crescimento de 597,2% em três anos. O número de contribuintes beneficiados, por sua vez, passou de 16,3 mil para 89,8 mil – crescimento de 449,3% no mesmo período (PORSSE, 2019). Segundo o Ministério da Fazenda, o aumento substancial dos setores beneficiados ocorreu porque verificou-se que a distribuição da desoneração foi discrepante entre os setores de mão de obra e os mais intensivos em capital (ME, 2015).

Ainda em agosto de 2015, aprovou-se a Lei nº. 13.161/2015, que aumentou as alíquotas do CPRB de 1% para 2,5% e de 2% para 4,5%, nos setores contemplados, bem como tornou opcional a escolha do regime de contribuição patronal das empresas, de modo que estas pudessem optar pelo sistema de contribuição tradicional, i.e., com a alíquota incidente sobre a folha de pagamento.

Por fim, em 2018, a Lei nº. 13.670/2018 reonerou trinta e nove setores da economia, bem como decretou o fim da contribuição substitutiva para o final do ano de 2020. Com a redação dessa lei, os setores de transporte rodoviário de carga, de comunicação e das empresas que comercializam carnes de animais para consumo permaneceram desonerados.

Embora a lógica inicial da redução da carga tributária sobre os setores produtivos possa sugerir ganhos de competitividade e aumento do consumo, a análise dos componentes da matriz econômica deve ser feita com mais cautela, levando-se em consideração que a economia é um sistema complexo, e que as despesas com a contratação de trabalhadores não são as únicas a influenciarem os custos dos empregadores, o ímpeto de produção nacional, a demanda e o consumo do mercado, ao mesmo tempo em que os gastos trabalhistas não são de uma única natureza. Como exemplos de outros gastos trabalhistas, citem-se os gastos com encargos previstos em lei, como o FGTS; o salário-hora, custos de seleção e treinamento, entre outros,

[8] Em 2011, os setores abrangidos pela desoneração foram: atividades de tecnologia da informação, call center, indústria de couro, calçados e setor têxtil.

que levam a literatura da economia do trabalho a classifica-los como de natureza quase-variável (DALLAVA, 2014).

Em outras palavras, os encargos com a contratação vão muito além das obrigações tributárias, devendo ser considerados os custos de outras naturezas para a análise dos efeitos de uma política de desoneração da folha de pagamentos (GARCIA; CARVALHO, 2018).

Ainda, os efeitos das políticas econômicas acabam seguindo a máxima newtoniana de produção de efeitos iguais e opostos. Nesse sentido, ao diminuir os encargos tributários para contratação de mais trabalhadores, e sendo esse objetivo bem-sucedido, o corpo laboral amplificado acarretará, consequentemente, no aumento desses custos variáveis, como salário hora, contribuições previdenciárias, FGTS, entre outros, de modo que não é claro e direto o efeito sobre o nível de emprego de uma política de desoneração do contribuição patronal (GARCIA; SACHSIDA; CARVALHO, 2018).

A literatura sobre a desoneração da folha de pagamentos sugere que os efeitos dessa política sobre o emprego e salários foram poucos ou inexistentes. Do Carmo (2012), ao explorar os efeitos da desoneração com base nos dados da Pesquisa Mensal do Emprego (PME) do IBGE, não encontrou evidências de que a política tenha gerado aumento da formalização da mão de obra, ou realocação entre os setores da economia. Dallava e Scherer (2014) observaram que o aumento do emprego se deu somente em empresas do setor de informação e comunicação, e de forma muito limitada. Apesar disso, Souza, Cardoso e Domingues (2016) apontaram para efeitos positivos de longo prazo.

Paiva e Ansiliero, ainda em 2009, ao analisar políticas de desoneração sobre a folha de salários, atribuíra o aumento da competividade das empresas a razões de índole muito mais macroeconômicas, sobretudo ao câmbio e ao preço dos produtos no mercado internacional, do que em razão da redução da carga tributária.

Em estudo mais recente, de 2018, Garcia, Sachsida e Carvalho, pesquisadores vinculados ao IPEA, construíram um cenário contrafactual da desoneração da folha de pagamentos, i.e., um cenário de como seriam os resultados do desempenho do volume de emprego nas empresas contempladas pela desoneração caso esta nunca tivesse existido. Os pesquisadores identificaram que no período pós implementação da desoneração, o emprego nas empresas de setores não desonerados foi superior ao dos desonerados. O índice ainda variou pouco nos períodos pré e pós adoção da desoneração, de 32,72 empregos para 32,77 empregos, Simples, tanto em setores desonerados quando não desonerados.

Os autores concluíram pela ausência de evidências de efeitos positivos da desoneração da folha de pagamentos nas empresas dos setores beneficiados, seja nas empresas com até dez

funcionários, ou naquelas de dez a cinquenta funcionários, em qualquer período analisado (2011-2018). Apesar disso, ao analisarem os efeitos da desoneração sobre a região Norte do Brasil, verificaram algum efeito positivo no ano de 2014, de modo que, apontada essa limitação dos efeitos da política fiscal, pode-se concluir pela sua inocuidade.

Em parecer encomendado pelo governo federal ao Banco Mundial (BM) em 2015, a instituição concluiu de forma semelhante às pesquisas mencionadas. Segundo o BM, embora as despesas com políticas de apoio às empresas tenham crescido rapidamente nas últimas duas décadas, chegando a 4,5% do PIB em 2015, não há evidências de que políticas fiscais como a desoneração da folha de pagamentos tenham sido eficazes em aumentar a produtividade e a geração sustentável de empregos. O BM conclui afirmando que o programa teve pouco ou nenhum impacto na geração de empregos, e que o custo das poucas vagas geradas (ou protegidas) foi muito alto, chegando a ser superior ao triplo do salário pago ao trabalhador, em média.

Conforme aponta Laura Carvalho (2018), diante da expansão massiva dos setores desonerados, tornou-se sem sentido atribuir um caráter industrialista ou de estimulo de setores estratégicos para o consumo da política de desoneração da folha de trabalho. Segundo dados da RFB, os setores de transportes e construção civil tinham, em 2014, mais trabalhadores desonerados do que a indústria de transformação, embora os custos de desoneração para esta, em termos de renúncia de receitas tributárias, fosse de 44,8% do total de renúncias, enquanto o da construção civil era de 11,8% (AFONSO, 2014).

As disparidades entre os custos das renuncias de receitas e a (ausência de efeitos) da política de desoneração da folha de pagamentos decorre precisamente de um desenho institucional de política fiscal que considera apenas e unicamente os custos tributários enquanto relevantes para a indução de comportamentos sociais e econômicos. No caso das indústrias de construção civil e de transformação, por exemplo, há uma grande disparidade entre os salários, o que, em média, aumenta o valor desonerado. Desse modo, embora, proporcionalmente, represente custos maiores para o programa de desoneração, seus efeitos são diminutos ou irrelevantes.

O caso da desoneração da folha de pagamento é emblemático, pois, representa um benefício fiscal cujos efeitos foram irrelevantes, a um custo de dezenas de bilhões de reais por ano, e cujo desenho institucional baseou-se em uma lógica simplista de estimulo ao consumo calçada unicamente na redução da carga tributária, sem considerar a complexidade dos sistemas produtivos. Ademais, trata-se de um exemplo clássico de incentivo fiscal que se tornou permanente, ainda que não sejam observados resultados que compensem os custos das

renuncias tributárias que o financiam – e que poderiam ser fonte de recursos para investimentos ou destinadas a outros setores sociais e econômicos.

O fracasso da política da desoneração da folha de trabalho com o objetivo de estimular a criação de empregos e o desenvolvimento tecnológico nacional pode ser resumido em três razões: (i) ausência de demanda efetiva, pelo que não havia razão para expansão da produção; (ii) endividamento do setor empresarial em razão dos investimentos realizados na década anterior; pelo que as renuncias fiscais serviram para recomposição dos lucros perdidos e (iii) financeirização do setor produtivo nacional, que diante de incertezas econômicas, opta por investimentos mais seguros e de curto prazo, como títulos públicos (CARVALHO, 2018).

Tratam-se de circunstâncias ignoradas pelo Poder Público quando da implementação da política da desoneração das folha de pagamentos, mas que demonstram justamente que a complexidade dos cadeias de fornecimento e consumo de bens e serviços não se define pela carga tributária, a despeito de sua influência nos preços de mercado.

Ainda, em atenção aos princípios da neutralidade fiscal e da livre concorrência, há de se questionar porque a desoneração é instituída para alguns setores e não para outros – sobretudo diante da inocuidade de seus efeitos. Com a última alteração legislativa, apenas os setores de transporte rodoviário, comunicação e empresas cujo produto é o comércio de carnes animais para consumo permaneceram desoneradas.

A política de desonerações mais pode ter sua origem na influência e pressão de setores específicos ansiosos para obterem diminuição de custos e incharem suas margens de lucros, do que em uma política fiscal que, racional e efetivamente busque modelar um comportamento social de modo a garantir um bem-estar maior à sociedade em geral.

CONCLUSÃO

As relações entre os princípios da neutralidade fiscal e da livre concorrência, com a introdução de benefícios fiscais enquanto política de intervenção do Estado na economia não são, ao contrário do que inicialmente possa parecer, incompatíveis e antagônicos. Como qualquer princípio, a neutralidade fiscal e a livre concorrência não são limitados e absolutos, mas, sim, servem como norteadores das decisões do Estado, inclusive tendo de ser flexibilizados quando diante de outros princípios e direitos fundamentais.

O mercado, embora tenha a mérito de alocar os recursos de forma mais eficiente, apresenta falhas e pode ser manipulado por agentes com maior poderio econômico de modo a

prejudicar as relações de concorrência e a livre iniciativa. Nesse cenário em que a "mão invisível" do mercado é insuficiente para corrigir distorções, o Estado pode e deve atuar como um agente estabilizador que devolva o equilíbrio às relações econômicas e sociais, reestabelecendo – ou, ao menos, tornando menos falhas – a livre concorrência e a livre iniciativa.

Afastar a atuação do Estado na economia seria afastar a própria proteção de instituições típicas de uma economia capitalista, como a propriedade, a empresa, e o trabalho, já que estão são feitas por órgãos do Poder Judiciário, a partir da legislação produzida pelos Poderes Legislativo e Executivo. A literatura especializada e a história econômica são ricas em exemplos de como o Estado pode ter um papel complementar e até mesmo necessário na regulação das relações econômicas, devendo serem traçados, entretanto, limites para que essa intervenção não seja mais prejudicial do que os problemas enfrentados.

Nesse aspecto, a neutralidade fiscal atua como um parâmetro para fixar limites à atuação do Estado em matéria tributária, podendo ser entendida como uma das limitações ao poder de tributar. Em síntese, as políticas de tributação não podem causar desigualdade de condições entre os *players* e, por outro lado, devem atuar para evitar ou diminuir desequilíbrios já existentes na concorrência. Como se vê, não se trata de uma vedação à tributação, mesmo porque tal seria impossível na atual estrutura do Estado moderno, mas, ao contrário, de utilizar-se da tributação de forma a tornar mais justas e eficientes as relações produtivas no mercado.

Os benefícios fiscais, ao contrário dos tributos propriamente ditos, não possuem um caráter arrecadatório, mas, ao contrário, partem do pressuposto de que a renúncia de receitas tributárias implicará na mudança de comportamentos econômicos e sociais que servirão para o desenvolvimento do Estado. A problemática imposta diz respeito à real necessidade e eficácia dessa política fiscal, sobretudo por implicar na renúncia de receitas públicas, ou seja, em um ônus ao orçamento, impactando outros setores públicos e de investimento; e, via de regra, beneficiar alguns grupos em detrimento de outros, situação que, a depender do desenho da política fiscal, pode levar ao aumento das desigualdades concorrenciais já existentes.

Nesse sentido, a instituição de benefícios fiscais deve se basear em mais do que a mera intuição e senso comum de que a política adotada influenciará positivamente na economia e reduzirá os problemas existentes. De fato, a experiência revela que políticas fiscais são sistematicamente superestimadas em seus efeitos e utilizadas mais como uma forma de agradar setores econômicos e grupos do que como forma de corrigir falhas de mercado, buscar o desenvolvimento nacional e sanar desigualdades sociais.

A legislação brasileira atual é insuficiente ao determinar mecanismos de controle e fiscalização da implementação e acompanhamento de benefícios fiscais. Embora a LRF exerça algum controle indireto sobre as renúncias fiscais ao trazer exigências de metas fiscais para os três níveis de governo (art. 4º, § 1º), tais mecanismos estão mais voltados aos gastos diretos, como os gastos com pessoal, do que com os benefícios fiscais propriamente ditos. E ainda que em seu artigo 14 estabeleça que a instituição de incentivos fiscais deva ser acompanhada de demonstrativos de seu impacto no próximo orçamento; ou de medidas de compensação por meio de elevação tributária, tratam-se de justificativas frágeis e ineficientes.

A simples demonstração de impacto de uma renúncia de receita pública para o próximo orçamento não implica em reconstituição do montante abdicado, ainda que de forma indireta. Simplesmente significa dizer que, para o próximo ano fiscal, haverá menos orçamento. Por sua vez, a recomposição das renuncias por meio da elevação da tributação apenas transfere a carga tributária de um grupo para o outro, e não necessariamente para o grupo social e economicamente mais autossuficiente.

O acompanhamento dos resultados de benefícios fiscais é ainda mais dramático, vez que não há qualquer órgão autônomo e independente com essa função na atual estrutura governamental ou judiciária, o que resulta na instituição de benefícios fiscais "eternos" e ineficientes, e cujos benesses nenhum grupo quer renunciar, a despeito de seu caráter auxiliar e transitório. Para além do viés orçamentário, a instituição de um sem número de incentivos fiscais pode elevar a regressividade do sistema tributário brasileiro – que já é duramente criticado exatamente por isso – ao beneficiar uma parcela minoritária da população com renda mais alta, bem como aumentar a complexidade da estrutura tributária, o que acaba por elevar os custos para o cumprimento das obrigações fiscais e o risco de evasão e elisão tributária.

Não é por outro motivo que a PEC nº.45/2019, uma das propostas de Reforma Tributária em trâmite no Congresso Nacional, propõe a ausência de qualquer benefício ou diferenciação fiscal, sob o argumento de que os objetivos pretendidos por esses incentivos podem ser atingidos por outros meios, tais como o uso racional de despesas públicas e subvenções diretas aos particulares.

A conclusão que se tira acerca da forma como os benefícios fiscais são instituídos no Brasil, é de que a complexidade das relações econômicas é constantemente ignorada quando de sua adoção – por imperícia ou má-fé dos legisladores – pelo que se atribui uma função de "*Deus ex machina*" à uma política pública com a pretensão de estimular o emprego e a indústria nacional. No entanto, tais políticas são limitadas, na medida em que tratam, fundamentalmente, da alteração de alíquotas, bases de cálculo e renúncias tributárias completas, a fim de auferir

vantagens a alguns setores selecionados, sem considerar os demais aspectos micro e macroeconômicos, como o câmbio, o endividamento de famílias e empresas, o preço dos produtos relacionados ao setor desonerado no comércio internacional, os juros e o próprio orçamento público, que há quase uma década registra déficits, e, ainda assim, as políticas de renúncias fiscais permanecem.

O caso da desoneração da folha de pagamentos é sintomático desse modelo institucional falho e de uma política fiscal ineficiente, mas que ainda se perpetua. Segundo parecer do Banco Mundial encomendado pelo governo federal em 2017, a redução da desoneração da folha de pagamentos poderia gerar uma economia equivalente a 0,4% do PIB.

As experiências internacionais sobre o efeito das isenções tributárias na folha de pagamento indicam que a geração de empregos não é automática, e que depende da intersecção de outras políticas mais voltadas para o mercado de trabalho propriamente dito, e considerando as idiossincrasias das relações produtivas e setoriais do país.

Esses números ajudam a visualizar o impacto orçamentário das políticas de benefícios fiscais - sobretudo da desoneração da folha de pagamentos - ainda que seus resultados sejam inexistentes, inócuos ou, pelo menos, questionáveis. Ao mesmo tempo, revela a lacuna jurídico-administrativa com relação ao acompanhamento e fiscalização de políticas públicas que oneram a sociedade como um todo para beneficiar um número limitado de grupos sem qualquer contrapartida.

REFERÊNCIAS

AFONSO, J. R. Pinto. V.C. (2014)**. Composição da desoneração (completa) da folha de salários**. Texto para discussão n. 41, IBRE-FGV. Disponível em < https://joserobertoafonso.com.br/desoneracao-previdenciaria-e-setorial-afonso-pinto/ > Acesso em 02/12/2020.

ALEXY, Robert. **Métodos para Resolução de Conflitos entre Direitos Fundamentais**. Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2005.

BARROS, Gabriel Leal. **Atualização tributária: a influência e impacto das renúnicas fiscais**. Instituto Fiscal Independente, 2017. Disponível em <https://www12.senado.leg.br/ifi/pdf/nota-tecnica-no-07-atualizacao-tributaria-a-influencia-e-impacto-das-renuncias-fiscais-set-2017/view> Acesso em 28/11/2020

CARRAZZA, Roque Antônio. **Curso de direito constitucional tributário**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

CARVALHO, Cristiano. **A análise econômica do direito tributário. In: SCHOUERI, Luís Eduardo (Coord.). Direito tributário: homenagem a Paulo de Barros Carvalho**. São Paulo/SP: Quartier Latin, 2008, p. 183-207

CARVALHO, Laura. **Valsa Brasileira: do *boom* ao caos econômico**. Ed. Todavia, São Paulo/SP, 2018, p. 73-74.

CARVALHOSA, Modesto. **Comentários à Lei de Sociedades Anônimas**. São Paulo: Saraiva, 1997, v. 3, p. 603

DALLAVA, C. C. **Impactos da desoneração da folha de pagamentos sobre o nível de emprego no mercado de trabalho brasileiro: um estudo a partir dos dados da Rais**. São Paulo: EESP/FGV, 2014

DO CARMO, M. S. **Avaliação empírica da desoneração da folha salarial**. 2012. Dissertação (Mestrado) – Instituto de Ensino e Pesquisa, São Paulo, 2012.

ELALI, André. **Incentivos fiscais, neutralidade da tributação e desenvolvimento econômico: a questão da redução das desigualdades regionais e sociais**. Disponível em: <http://sisnet.aduaneiras.com.br/lex/doutrinas/arquivos/070807.pdf>. Acesso em: 27/11/2020.

FERRAZ JÚNIOR., Tércio Sampaio. **Obrigação tributária acessória e limites da imposição: razoabilidade e neutralidade concorrencial do estado**. In: FERRAZ, Roberto (Coord.). Princípios e limites da tributação. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **A intervenção do Estado no domínio econômico e os chamados incentivos fiscais. In: _____ Direito Constitucional: liberdade de fumar, privacidade, estado direitos humanos e outros temas.** São Paulo, Editora Manole, 2007.

FORTES, Felipe Cianca; BASSOLI, Marlene Kempfer. **Análise Econômica do Direito Tributário: Livre Iniciativa, Livre Concorrência e Neutralidade Fiscal**. Scientia Iuris, Londrina, v. 14, p. 235-253, nov. 2010. Disponível em < http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/iuris/article/view/7659 > Acesso em 01/12/2020.

GARCIA, Felipe. SACHSIDA, Adolfo; CARVALHO, Alexandre Xavier Ywata de. **Impacto da Desoneração da Folha de Pagamentos sobre o Emprego: Novas Evidências**. IPEA, 2018. Disponível em < https://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=32196:td-2357-impacto-da-desoneracao-da-folha-de-pagamento-sobre-o-emprego-novas-evidencias&catid=411:2018&directory=1 > Acesso em 02/12/2020.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 13. ed., São Paulo: Malheiros, 2008

GRECO, Marco Aurélio. **Planejamento Tributário**. São Paulo: Dialética, 2004.

GRUBER, Jonathan (1997): **The incidence of payroll taxation, evidence from Chile**. Journal of Labor Economics. Vol. 15. No. 3.

KORKEAMÄKI, Ossi; ROOPE, Uusital. **Employment and wage effects of a payroll-tax cut—evidence from a regional experiment**. International Tax and Public Finance, vol. 16, issue 6, 753-772, 2009.

LA GUARDIA, Renata. **Os efeitos da sonegação fiscal na estrutura tributária ótima: experiência brasileira de aplicação das regras de *lump-sum taxation***. UC Berkeley: Berkeley Program in Law and Economics, 2007. Disponível em: http://escholarship.org/uc/item/6995c227. Acesso em 26/11/2020.

LEÃO, Martha Toríbio. **Critérios para o controle das normas tributárias indutoras: uma análise pautada no princípio da igualdade e na importância dos efeitos**. 2014. Dissertação (Mestrado em Direito Econômico e Financeiro). Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2133/tde-20012015-110559/pt-br.php>. Acesso em 30/11/2020.

LIMA, Ricardo Seibel de Freitas. **Livre concorrência e o dever de neutralidade tributária**. Dissertação (Pós-Graduação em Direito). Faculdade de Direito da UFRGS. Porto Alegre, 2005, 143p. Disponível em: http://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/5221/000512454.pdf?sequence=1. Acesso em 27/11/2020.

MF - Ministério da Fazenda. (2015). **Desoneração da folha de pagamento: Estimativa de renúncia e metodologia de cálculo**. Brasília, DF: Receita Federal. Disponível em <http://www.receita.fazenda.gov.br/publico/arre/RenunciaFiscal/Desoneracaodafolha.pdf [Links]> Acesso em 02/12/2020.

MITA, Enrico de. **O princípio da capacidade contributiva**. In: FERRAZ, Roberto Catalano Botelho (Coord.). Princípios e limites da tributação. São Paulo, Quartier Latin, 2005.

MUNDIAL, Grupo Banco. **Um Ajuste Justo: Análise da Eficiência e Equidade do gasto Público no Brasil**. 2017. Disponível em < http://documents1.worldbank.org/curated/pt/884871511196609355/pdf/121480-REVISED-PORTUGUESE-Brazil-Public-Expenditure-Review-Overview-Portuguese-Final-revised.pdf > Acesso em 03/12/2020

NERY JÚNIOR, Nélson. **Princípios do processo civil à luz da Constituição Federal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

OMS. **Who report on the global tobacco epidemic, 2019**. OMS, 2019. Disponível em https://www.who.int/teams/health-promotion/tobacco-control/who-report-on-the-global-tobacco-epidemic-2019 Acesso em 26/11/2020.

PAES, Nelson Leitão. **Uma análise ampla da tributação de cigarros no Brasil**. Planejamento e Políticas Públicas. IPEA, 2017. Disponível em < https://www.ipea.gov.br/ppp/index.php/PPP/article/view/566> Acesso em 26/11/2020.

PAIVA, L.; ANSILIERO, G. **A desoneração da contribuição patronal sobre a folha de pagamentos: uma solução à procura de problemas**. Planejamento e Políticas Públicas, Brasília, n. 32, jan./jul. 2009.).

PELLEGRINI, Josué Alfredo. **Nota Técnica nº. 17 – Gastos (benefícios) tributários – Jun/2018**. Instituto Fiscal Independente, Brasília/DF. 2018. Disponível em < https://www12.senado.leg.br/ifi/pdf/nota-tecnica-no-17-gastos-beneficios-tributarios-jun-2018/view> Acesso em 29/11/2020.

PEREIRA, Roberto Codorniz Leite. **O Consequencialismo Decisório e a sua relevância para o Direito Tributário**. RDTA 38-2017. Disponível em < https://ibdt.org.br/RDTA/38/o-consequencialismo-decisorio-e-a-sua-relevancia-para-o-direito-tributario/> Acesso em 26/11/2020.

PORSSE, Alexandre Alves. **Análise do Impacto das Políticas de (Des)oneração da Folha de Pagamentos na Economia Brasileira**. Revista Brasileira de Economia, vo. 73, nº. 1. Rio de Janeiro, 2019. Disponível em < https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-71402019000100077#fn4> Acesso em 29/11/2020.

RIBEIRO, Marcelo Miranda; GONÇALVES, Oksandro Osdival. **Incentivos Fiscais: uma perspectiva da Análise Econômica do Direito**. Economic Analysis of Law Review. Curitiba/PR. EALR, V. 4, nº 1, p. 79-102, Jan-Jun, 2013

RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; GALESKI, Irineu. **Teoria geral dos contratos: contratos empresariais e análise econômica**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

ROSSETI, José Paschoal. Introdução à economia. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

SCHERER, C. **Payroll tax reduction in Brazil: effects on employment and wages**. The Hague: ISS, 2015. p. 1-64. (ISS Working Paper Series/General Series, v. 602)

SOUZA, K. B.; CARDOSO, D. F.; DOMINGUES, E. P. **Medidas recentes de desoneração tributária no Brasil: uma análise de equilíbrio geral computável**. Revista Brasileira de Economia, v. 70, n. 1, p. 99-125, 2016.

TAMANINI, Tarcísio Milhomem. **Mecanismos Legais de Controle sobre Incentivos Fiscais**. Revista Direito Tributário Atual, Instituto Brasileiro de Direito Tributário. Ed. 45, 2020. Disponível em < https://ibdt.org.br/RDTA/45-2020/mecanismos-legais-de-controle-sobre-incentivos-fiscais > Acesso em 30/11/2020.

TCU**. Qual o valor da renúncia fiscal da União?** Brasília/DF, 2019. Disponível em < https://portal.tcu.gov.br/fatos-fiscais/renuncia_fiscal.htm> Acesso em 29/11/2020.

A MARCA SONORA NO BRASIL: REGISTRABILIDADE À LUZ DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E DO DIREITO COMPARADO

THE SOUND MARK IN BRAZIL: REGISTRABILITY BY THE INFLUENCE OF FEDERAL CONSTITUTION AND COMPARATIVE LAW

Davi Brito de Almeida[1]

Resumo: a tendência mundial quanto às marcas é tratá-las como sendo qualquer sinal distintivo capaz de identificar um produto ou serviço. No Brasil, o INPI somente admite o registro marcário de sinal distintivo visualmente perceptível. Por outro lado, as marcas não tradicionais, como a sonora, podem ser registradas em diversos países. O presente estudo teve por objetivo apontar o potencial e a registrabilidade da marca sonora no Direito brasileiro, sobretudo após a emersão das mídias digitais e da adesão do Brasil ao Protocolo de Madri relativo ao Registro Internacional de Marcas.

Palavras-chave: propriedade indústria; marca sonora; registro marcário.

Abstract: trademarks, in the world, are considered as any distinguible signal capable of identifying a product or service. In Brazil, the INPI registers only distinctive signals visually perceptible. However, non-traditional marks, like sound brand, can be registered in different countries. The present study intends to show the potential of the sound mark in brazilian markets and the possibility of its registration, especially after the emergence of the digital media and the admission of Brazil to the International Trademark System (Madrid Protocol).

Keywords: industrial property; sound mark; trademark registration.

Sumário: Introdução. 1. A marca visual: contexto na sociedade. 2. A marca sonora no *marketing* e em inovações digitais. 3. O direito comparado: a registrabilidade da marca sonora no exterior. 4. A registrabilidade da marca sonora no Brasil. Conclusão.

INTRODUÇÃO

As marcas, espécie de direito da propriedade industrial, adquiriram grande importância na sociedade atual, visto que não somente constituem um sinal particular "(...) cujas funções principais são identificar a origem e distinguir produtos ou serviços de outros idênticos, semelhantes ou afins de origem diversa" (INPI, 2021, p. 17), possibilitando a concorrência de

[1] Mestrando do Programa de Mestrado Profissional em Direito, Regulação e Políticas Públicas da UnB/STJ; Pós-Graduando em Direito Constitucional pelo IDP; LLM em Direito Empresarial pela FGV. Analista Judiciário. E-mail: almeida.davi@gmail.com.

fornecedores no mercado e a atuação ativa de consumidores em suas escolhas, mas também porque agregam valor ao produto, ao serviço ou ao ente detentor de determinado signo, exteriorizando sua identidade no mundo.

Assim, é um patrimônio imaterial capaz de preservar, com seu sinal identificador, as qualidades de dada mercadoria ou serviço na mente do indivíduo, ao longo do tempo, que poderá lembrar de sua experiência, associando os dois – produto e marca – como um só.

Segundo BARBOSA (2010, p. 695), "o conhecimento, a criação, ou o nome da coisa? (...) o que mais vale é o nome da coisa. (...) de todas as modalidades de proteção da propriedade intelectual, a marca tem sido considerada pelas empresas americanas a de maior relevância".

Logo, é essencial, para o crescimento da economia capitalista, a proteção dos direitos marcários, sobretudo se considerado, em especial no âmbito interno, o seu interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País (art. 3º da Lei nº 9.279/1996).

Com o advento da internet e o desenvolvimento das mídias digitais - associados ao surgimento de novos modelos de negócio no cenário cibernético -, inovações e campos inexplorados no mundo da marca ganharam destaque, mormente para as conhecidas como não tradicionais, tais como:

> O SCT da OMPI, por outro lado, assim dividiu os "novos tipos de marca" (OMPI, SCT16/2, 2006):
> 1) Signos Visíveis: tridimensionais; marcas de cor; hologramas; slogans publicitários; títulos de filmes e livros; marcas animadas ou multimídia; marcas de posição e marcas gestuais.
> 2) Signos não Visíveis: marcas sonoras; marcas olfativas, marcas gustativas e marcas de textura ou táteis. (OLIVEIRA, 2019, p. 45)

Nesse contexto, ressalta-se que, no Brasil, o Instituto Nacional da Propriedade Industrial (INPI) somente admite o registro marcário de sinal distintivo visualmente perceptível, podendo a forma gráfica de apresentação ser nominativa, figurativa, mista ou tridimensional (INPI, 2021).

A marca sonora, por sua vez, classificada como não tradicional (de signo não visível), pode ser registrada em diversos países, não encontrando, contudo, ressonância protetiva no Direito pátrio, segundo a interpretação adotada pelo órgão administrativo brasileiro.

Todavia, existem outras interpretações normativas doutrinárias que admitem tal registro marcário em âmbito nacional, sem a necessidade de alteração legislativa, ainda mais se se considerar o Direito Comparado.

Deveras, a não registrabilidade da marca sonora, em particular, não condiz com a dinâmica social e tecnológica atuais, havendo, sim, relevância da assinatura sonora – muito

explorada pelo marketing sensorial (*sound branding*) –, a qual facilita a absorção dos atributos e o posicionamento da marca pelo consumidor, através de uma ligação emocional.

Outrossim, a indústria de *podcasts* e de *videogames* estão se importando cada vez mais com o som e seus atributos, o que inclui a exploração da marca sonora.

A revisitação do tema, impactado por essas novas ondas, ganha relevo, o que possibilitará o preenchimento de lacunas acadêmicas, complementando abordagens anteriores.

O presente artigo tem por objetivo apontar o potencial da marca sonora no Direito brasileiro, sobretudo após a emersão das mídias digitais e da adesão do Brasil ao Protocolo de Madri relativo ao Registro Internacional de Marcas, acrescentando fundamentos a uma interpretação do art. 122 da Lei de Propriedade Industrial (LPI – Lei nº 9.279/1996) conforme à Constituição Federal e o Direito Comparado, admitindo-se a sua registrabilidade no país.

Dessa forma, foi proposta a seguinte hipótese para estudo: a marca sonora pode ser registrada no Brasil, desde que haja a representação visual do sinal distintivo, interpretando-se conforme à Constituição o art. 122 da LPI, por influência da mutação da realidade.

Nas próximas seções, serão analisados o contexto visual da marca registrável na sociedade, as inovações sonoras marcárias, a experiência internacional (Direito Comparado) e a legislação pátria sobre o assunto, enfatizando a hermenêutica jurídica. Após, serão feitas as considerações finais a título de conclusão.

1. A MARCA VISUAL: CONTEXTO NA SOCIEDADE

A marca registrável passou, ao longo do tempo, por diversas evoluções e ressignificações, exercendo diversas funções.

Na Antiguidade, eram utilizadas pelo homem para identificar sua posse e propriedade sobre as coisas, como um selo assinalado em animais, armas e utensílios. Na Idade Média, a marca passou a constituir um atestado de conformidade da mercadoria assinalada a determinados padrões e regulamentos detidos por corporações de ofício, podendo apresentar, além do signo corporativo, a assinatura do artesão, que possibilitaria a fiscalização do seu trabalho. Nos séculos XVIII e XIX, após a Revolução Industrial e as Revoluções liberais francesa e americana, o processo de mecanização da produção possibilitou o surgimento de fábricas e a confecção em massa e em série de mercadorias, sendo necessária a diferenciação de produtos entre os concorrentes, visto que eram idênticos em essência. Assim, o sinal marcário adquiriu novas funções: identificar o artigo fabricado para auxiliar na publicidade do

próprio produto e do fabricante. Logo, o produto passou a ter uma identidade característica (MARQUES, 2010).

Mais recentemente, no século XX, a concorrência entre as empresas deixou de ser somente pelo preço da mercadoria, passando o consumidor a procurar também por qualidade, sendo essencial, portanto, a imagem pública do produto, que poderia se distinguir por suas características sintetizadas na marca. Desse modo, advindo uma inovação, criava-se uma marca para acompanhá-la. Com a especialização de mercados e o nascimento de novos modelos de negócios, as marcas passaram a explorar nichos da sociedade, associando valores sociais à sua "personalidade", com vistas ao reconhecimento de certo público, ao serem representativos de determinadas qualidades como esportividade, jovialidade, saúde, entre outros (MARQUES, 2010). Começou-se a se importar mais com a experiência do consumidor.

Ressalta-se que essa importância em demasia que a sociedade confere aos signos visuais ou às aparências em si é resultado de construção histórica e cultural, de modo que, em um primeiro momento, pode causar estranheza a ideia de se registrar assinaturas sonoras.

Sobre as visões e audições de mundo, assim assinala CESPEDES:

> Nosso uso indiscriminado do ver como sinônimo de qualquer forma de interação com o mundo é a consequência, na linguagem, do primado visual em nossa forma de habitar o mundo. Da mesma forma, nossa ciência e filosofia reconhecem a visão como o sentido prioritário pelo qual procuramos entender e explicar o mundo. [...]
> [...]
> [...] Se hoje usamos [...] termos ligados à visão para apreender o mundo, da mesma forma com que damos grande importância às aparências e ao visual, é preciso saber que este estado das coisas não é natural, mas sim fruto de um processo histórico e cultural. (CESPEDES, 2017, 77-78)

Talvez a revolução científica possa ter dado a sensação de que o ser humano possa dominar o mundo através do olhar, mas também existem sociedades em que o sentido dominante é a audição, levando ao desenvolvimento não de visões de mundo, porém, de audições de mundo, o que reforça "(...) a tese de que o mundo visual não é o mundo em si, mas apenas um dos mundos possíveis" (CESPEDES, 2017, p. 80). Afinal, o "ser visual" é complementado pelos demais sentidos, não podendo ser desprezado o "ser sonoro".

Destarte, a primazia da registrabilidade da marca visual-imagética é consequência da história da sociedade capitalista. Entretanto, como as relações são sempre dinâmicas e mutáveis, as demais marcas não tradicionais também podem ser objeto de proteção jurídica, devendo a legislação e as interpretações do campo do Direito seguirem o fluxo inovador das novas realidades.

Feita a contextualização da marca visual na sociedade, torna-se necessário enfocar, a seguir, as inovações relacionadas à marca sonora.

2. A MARCA SONORA NO MARKETING E EM INOVAÇÕES DIGITAIS

O conceito jurídico de marca (marca registrada ou *trademark*) difere daquele utilizado pelo marketing (*brand*), de acepção mais ampla. Nesse sentido:

> Muitos confundem os conceitos de "marca registrada" e "marca". O conceito de marca tem uma acepção muito mais abrangente e se refere à imagem de propriedade visual, emocional, racional e cultural que os clientes associam com uma empresa ou produto. As marcas registradas são um elemento vital de uma marca, mas uma marca incluirá, geralmente, outros elementos, tais como o design, a imagem comercial, os slogans, símbolos e sons, bem como o conceito, a imagem e a reputação que conectam os consumidores com produtos em específico. (WIPO, 2019, p. 8)

O marketing sensorial utiliza a experiência do usuário no processo de comunicação da marca e, o *sound branding*, em particular, é capaz de atribuir no consumidor um significado ao som, associando à sua contraparte imagética, projetando sensações, ainda que o signo não seja visto (NASCIMENTO, 2013). A opção por determinada marca, para alguns, pode ser uma expressão de pertencimento, exteriorizando crenças e concepções de vida.

A publicidade atual busca associar marca a uma identidade, a um estilo (*lifestyle*), valorizando uma relação humanizada e sensível com o consumidor. Afinal, consoante PIAZZI e NOGUEIRA (2019, p. 102), as "(...) boas marcas percebem que é preciso gerar reconhecimento e lembrança daquilo o que são, de forma que não sejam vistas apenas como empresas que oferecem produtos ou serviços, mas sim organizações dotadas de personalidade e valores".

Assim, o *sound branding* e o *music branding* promovem a sonorização de uma marca ou produto, auxiliando na construção de seu posicionamento no mercado, a partir dos atributos do som, que deixa apenas de ser entretenimento (NASCIMENTO, 2013).

A personalidade marcária, por seu turno, é construída ao se associar características humanas à própria marca, de forma a destacá-la da "multidão", a representar, então, uma vantagem competitiva: "(...) a visão atrelada à audição é muito mais eficaz e memorável do que puramente sozinha" (PIAZZI e NOGUEIRA, 2019, p. 106). Logo, a assinatura sonora ajuda no estabelecimento de laços emocionais entre a marca e o consumidor, ao lado dos laços também racionais.

A comunicação auditiva de uma marca é bem versátil, podendo ser ouvida em locais físicos, em locais virtuais e em mídias tradicionais de massa, sendo essencial que a logo sonora seja memorável, adaptável, simpática e protegida (NASCIMENTO, 2013).

Dentre as ferramentas utilizadas pelo *music branding* na obtenção de uma identidade sonora destacam-se: logo sonora; voz da marca (humaniza a marca); *sound design* nos produtos da marca (banco de sons); *jingles*; paleta de músicas, remixes exclusivos; associações com artistas; e trilhas sonoras e sonorização de locais em geral.

As logos sonoras, em especial, por serem a contraparte auditiva das logomarcas visuais são protegidas em diversos países, como será demonstrado na seção seguinte, sobretudo porque, para serem eficazes, exigem certa permanência ao longo do tempo para alcançar resultados, fixando-se na memória coletiva, podendo até se firmar como ícone cultural (NASCIMENTO, 2013).

São exemplos de logos sonoras, algumas protegidas no exterior: o grito do Tarzan; o rugido do leão da Metro Goldwyn Mayer; a melodia da Intel ao se ligar o computador; o "Plim-Plim" da Rede Globo de televisão; o som da Microsoft, no sistema operacional Windows; as cinco notas musicais da Coca-Cola nas propagandas difundidas na época do Natal; os sons característicos dos anúncios da Caixa Econômica Federal (CEF) e do Banco Itaú; o ronco do motor das motocicletas Harley-Davidson (NASCIMENTO, 2013; PIAZZI e NOGUEIRA, 2019).

Por outro lado, a identidade sonora não é apenas importante para o marketing contemporâneo.

Novos modelos de negócio, envolvendo o mundo digital, também estão a explorar com mais profundidade as qualidades do som.

Um deles é o podcast, definido "(...) como sendo a disseminação de arquivos digitais de áudio através da web com periodicidade e utilizando tecnologias de indexação RSS *(Rich Site Summary)*" (BUFARAH JUNIOR, 2020, p. 37-38). Em outras palavras, "(...) o *podcast* é um conteúdo, normalmente em áudio, produzido e indexado sobre os mais diversos temas e disponibilizado na rede mundial de computadores" (BUFARAH JUNIOR, 2020, p. 38).

Essa ferramenta de agregação de conteúdos

> [...] surgiu da necessidade dos usuários acompanharem notícias de diversas fontes sem ter a necessidade de navegarem em cada um dos sites na busca por informações. De uma forma simples, pode-se afirmar que esses programas funcionam como robôs cuja função é buscar as atualizações dos arquivos subscritos (assinados) pelo usuário, promovendo a identificação e o download dos conteúdos automaticamente. Para tanto, os autores necessitam indexar esses arquivos dentro de um padrão que possibilite a identificação. (BUFARAH JUNIOR, 2020, p. 38)

Os podcasts, conjuntamente com as redes sociais, provocaram a ruptura da hegemonia dos meios tradicionais de comunicação de massa, oferecendo uma alternativa de consumo de conteúdos sonoros, muitas vezes produzidos de maneira colaborativa, inclusive podendo ser customizados (BUFARAH JUNIOR, 2020).

Ademais, os produtos em áudio consumidos a partir da internet atraíram anunciantes "(...) que pagam para ter a visibilidade de suas marcas, produtos e serviços" (BUFARAH JUNIOR, 2020, p. 39), indo ao encontro do Marketing 3.0: Era dos consumidores altamente conscientes, que resultou na Era do marketing centrado no ser humano.

Nesse cenário de podcasts, mídias sociais e rádios online, ganha destaque, portanto, a marca sonora, que ajudará na personalização de empresas e de produtos e serviços anunciados, impulsionando o desenvolvimento dessas inovações digitais.

Por outro lado, a revolução digital não só intensificou o papel do som como parte integrante das rotinas das pessoas, mas também alavancou a sonoridade dos jogos de *videogames*.

De fato, as empresas do ramo também buscam uma identidade sonora para os *games* e suas sequências, buscando "(...) estabelecer um sistema de relações de diferenciação e de semelhança entre os eventos sonoros do jogo e dentre o conjunto de jogos existentes" (MENEGUETTE e BASBAUM, 2016, p. 654).

Um exemplo de sonoridade memorável no campo dos *videogames* é o jogo Mario Bros., que acabou por mesclar a música à marca:

> [...] os temas musicais de alguns jogos são tão marcantes que acabam por representar a marca do jogo mesmo na ausência de quaisquer outras referências visuais ou textuais - seja o caso do tema de Mario Bros., por exemplo, que é reconhecido mesmo por não-jogadores. (MENEGUETTE e BASBAUM, 2016, p. 656)

Além disso, os efeitos sonoros ambientes de um jogo adicionam sentimentos de realismo e de tempo, reforçando a percepção do jogador sobre a qualidade dos gráficos, aliada ao mascaramento dos sons do mundo real, o que possibilita, dessa forma, melhor imersão do jogador, "(...) e, por este motivo, são os responsáveis por dar 'vida' ao mundo virtual" (ANGELONI *et al.*, 2017, p. 899).

Noutros termos, nos jogos, o conjunto imagem é complementado pela dimensão acusmática (esta atuando mais inconscientemente no jogador):

> Como seres humanos, somos bons em interpretar sons que nos cercam. Quando escutamos algo, podemos fazer julgamentos bem próximos do real a respeito do objeto envolvido na geração do som como seu peso, material, o que ocasionou o

> evento sua distância e direção. Sem escutar, é difícil saber o que está acontecendo na tela. Geralmente o que acontece fora do campo de visão tem um grande impacto na experiência e nas emoções de um jogador. (ANGELONI *et al*., 2017, p. 902)

Logo, uma identidade sonora distinta do *game* garante consistência e unidade aos seus sons, podendo alguns ser

> [...] tão representativos da sonoridade da franquia que passam a ser metonímias de sua identidade como um todo - e esse também é o caso dos "logos sonoros" no âmbito do sound branding. Em jogos, no entanto, ainda que existam logos sonoros de franquias e de empresas, outros sons se mantêm na memória do consumidor de forma tão ou mais eficiente - é o caso de bordões como "Let the carnage begin!", do locutor Larry Huffman no jogo Rock n' Roll Racing. Desse modo, qualquer som de caráter único que produza distinção pode ser considerado uma assinatura sonora. (MENEGUETTE e BASBAUM, 2016, p. 661)

Como se extrai, se antes o som desempenhava um papel secundário no campo das marcas, hoje ele é essencial, não havendo justificativa para a ausência de sua proteção como marca registrada. Nesse sentido, faz-se necessário fazer algumas observações sobre a registrabilidade da marca sonora no exterior.

3. O DIREITO COMPARADO: A REGISTRABILIDADE DA MARCA SONORA NO EXTERIOR

As marcas não tradicionais, como a sonora, podem ser registradas em diversos países.

Conforme a definição da *World Intellectual Property Organization* – WIPO – (ou Organização Mundial da Propriedade Intelectual – OMPI),

> Uma marca é um sinal capaz de distinguir os produtos ou serviços de uma empresa dos de outras empresas. As marcas registradas são protegidas por direitos de propriedade intelectual.
> [...]
> Uma palavra ou combinação de palavras, letras e números pode perfeitamente constituir uma marca registrada. Mas as marcas registradas também podem consistir em desenhos, símbolos, características tridimensionais, como forma e embalagem de produtos, sinais não visíveis, como sons ou fragrâncias, ou tonalidades de cores usadas como características distintivas - as possibilidades são quase ilimitadas. (WIPO, 2021)

O registro de marcas sensoriais, que não a visual, pode ser feito desde meados do século XX, tendo sido registrada, nos Estados Unidos da América (EUA), por intermédio da *United States Patent and Trademark Office* (USPTO), a primeira marca sonora (em 1950), à empresa *"(...) National Broadcasting Company, Inc,* NBC para uma sequência de notas tocadas por sinos" (OLIVEIRA, 2019, p. 39). De fato, o *Trademark Act* (*Lanham Act*) data de 1946, *"(...)* expandiu enormemente o âmbito dos tipos de sinais registráveis como marcas e, segundo o

respeitado Juiz *Learned Hand*, colocou o direito marcário norte-americano em novo patamar" (MARQUES, 2010, p. 86).

Além dos EUA, diversos países da Europa (incluída a Rússia), da Ásia e, também, da América do Sul já adaptaram suas legislações com vistas a proteger as marcas "não convencionais", ainda que existam requisitos especiais para a consolidação do ato registral:

> [...] é possível o seu registro, a exemplo da "França, Portugal, Suécia, Benelux, Uruguai, no Pacto Andino, Noruega, Argentina, Espanha, na Comunidade Europeia, Costa Rica, Cuba, etc." (SOARES, 2015, p. 55).
> Há diversos casos que demonstram que há uma tendência internacional pela admissibilidade do registro de sinais sonoros. Dentre tais casos, Barbas (2016) cita alguns mais recentes:
>
> - A China que, em 2013, reformou sua legislação para permitir o registro marcas sonoras;
> - O Canadá que, desde 2012, admite os registros de marcas sonoras e em movimento;
> - O Japão que reformou sua legislação em 2014 para aceitar o registro de marcas sonoras;
> - Nossos vizinhos sul-americanos: Chile, onde a Petrobras detém vários registros de marcas sonoras, Uruguai, os quatro países integrantes da Comunidade Andina (Bolívia, Colômbia, Equador e Peru) e Argentina, onde inclusive admite-se não apenas as marcas sonoras, mas também marcas táteis, olfativas, em movimento e de quaisquer outros tipos. (OLIVEIRA, 2019, p. 51-52)

Ressalta-se que os signos, de qualquer natureza, para poderem ser registrados como marca devem atender a, no mínimo, três requisitos: distintividade, veracidade e novidade relativa (BARBOSA, 2010).

Entretanto, para a marca sonora, determinados países instituíram outros requisitos, como a comprovação da distintividade adquirida (*secondary meaning* – significação secundária), ou seja, o reconhecimento potencial do sinal pelo público da localidade, obtido através da exploração comercial do som. Nesse sentido, a Rede Globo de televisão não logrou êxito em registrar, na União Europeia, a assinatura sonora "Plim-Plim", pois não houve demonstração de distintividade adquirida no mercado europeu (OLIVEIRA, 2019).

Ademais, podem exigir que o sinal sonoro seja representado graficamente (partituras musicais, grafismos de pentagramas, espectrogramas, sonogramas – ondas sonoras) ou descrito, devendo juntar-se também uma mídia sonora. Esse era o procedimento adotado pela União Europeia até meados de 2017. No entanto, com a edição do Regulamento/EU nº 2015/2424 do Parlamento Europeu, atualmente basta, para os países integrantes daquela comunidade de nações, a apresentação do pedido de registro com o formato digital do áudio (OLIVEIRA, 2019).

Sobre o tema, a WIPO assim recomenda:

> No que diz respeito a um pedido de registo de uma marca sonora, os Escritórios podem exigir que a representação de tais marcas consista em uma notação musical em uma pauta, ou uma descrição do som que constitui a marca, ou uma gravação analógica ou digital desse som, ou qualquer combinação deles. Nos locais onde o arquivamento eletrônico estiver disponível, um arquivo eletrônico pode ser enviado juntamente com o requerimento. No entanto, para algumas jurisdições, apenas uma notação musical em uma pauta pode ser considerada como uma representação adequada da marca.
> Nota
> 7.01 Arquivos eletrônicos como MP3 ou .WAV (formato de áudio Wave) podem ser arquivados em certos escritórios. No entanto, a legislação nacional ainda pode incluir a possibilidade de apresentar gravações analógicas. (WIPO, 2009, p. 4 – tradução livre)[2]

Com relação à marca sonora, podem ainda ser estabelecidas limitações adicionais para a sua registrabilidade, não se recomendando a proteção (i) de sons corriqueiros ou que guardem ligação natural com a mercadoria ou serviço (como o som da água no comércio que envolva água – a exemplo de filtros); (ii) de sons emitidos no curso de utilização do produto, mas que não lhe são próprios, visto que possuem funções benéficas ao consumidor, como a indicação de erro no uso de um computador; (iii) de sons funcionais, intrínsecos aos produtos, pois se poderia criar reserva de mercado ou monopólio vitalício ao seu produtor (o período de proteção marcária pode ser renovado ilimitadamente); e (iv) de representações gráficas de onomatopeias (que variam segundo o idioma e a cultura regional, apresentando alto grau de subjetivismo) (OLIVEIRA, 2019).

Após essas breves considerações sobre a registrabilidade da marca sonora no mundo, deve ser explorado o caso brasileiro.

4. A REGISTRABILIDADE DA MARCA SONORA NO BRASIL

A Constituição Federal de 1988, no título dedicado aos direitos e garantias fundamentais, assegurou proteção "(...) à propriedade das marcas, aos nomes de empresas e a outros signos distintivos, tendo em vista o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País" (art. 5º, XXIX, CF), a ser densificada em lei.

[2] Do original: "With regard to an application for the registration of a sound mark, Offices may require that the representation of such marks consist of a musical notation on a stave, or a description of the sound constituting the mark, or of an analog or digital recording of that sound, or of any combination thereof. Where electronic filing is available, an electronic file may be submitted with the application. However, for some jurisdictions, only a musical notation on a stave may be considered as adequately representing the mark.
Note
7.01 Electronic files such as MP3 or .WAV (Wave form audio format) may be filed with certain Offices. However, national legislation may still include the possibility to submit analog recordings."

Outrossim, em 1995, entrou em vigor, em âmbito interno, o Acordo sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio – TRIPS – (Decreto nº 1.355/1994), que complementou a Convenção da União de Paris de 1967 (CUP) e suas revisões posteriores, também em vigência interna.

Sobre as marcas, o art. 15.1 do Acordo TRIPS dispõe que:

> Qualquer sinal, ou combinação de sinais, capaz de distinguir bens e serviços de um empreendimento daqueles de outro empreendimento, poderá constituir uma marca. Estes sinais, em particular palavras, inclusive nomes próprios, letras, numerais, elementos figurativos e combinação de cores, bem como qualquer combinação desses sinais, serão registráveis como marcas. Quando os sinais não forem intrinsecamente capazes de distinguir os bens e serviços pertinentes, os Membros poderão condicionar a possibilidade do registro ao caráter distintivo que tenham adquirido pelo seu uso. Os Membros poderão exigir, como condição para registro, que os sinais sejam visualmente perceptíveis.

Facultou-se, assim, que os países-membros pudessem exigir, como condição para registro de uma marca, que os sinais fossem visualmente perceptíveis.

Por sua vez, o art. 122 da Lei nº 9.279/1996 estabeleceu que "são suscetíveis de registro como marca os sinais distintivos visualmente perceptíveis, não compreendidos nas proibições legais."

O INPI, portanto, ao fazer uma interpretação literal do art. 122 da LPI admite como registráveis no Brasil apenas os sinais visuais, isto é, perceptíveis pela visão.

Em contrapartida, uma parcela da doutrina defende que tal exegese não condiz com os tempos atuais, devendo haver a revisão de entendimento (MARQUES, 2008).

MARQUES (2010), ao interpretar o referido texto normativo, utilizando-se das técnicas de hermenêutica lógica, histórica, sistemática e teleológica, chega à conclusão que as marcas sonoras são passíveis de registro nacionalmente, uma vez que não há prejuízo ao princípio da publicidade e na publicação em informes e periódicos.

Em outro estudo, MARQUES e MAGALHÃES (2009) se fundamentam na Filosofia do Direito para admitirem o registro marcário do som, sobretudo com amparo nos ensinamentos de Jürgen Habermas.

Já para CORREA (2004, p. 19), a intepretação teleológica e sistemática do dispositivo legal conduziria à possibilidade de registro do sinal sonoro transliterado graficamente, ao se "(...) tomar a expressão 'perceptibilidade visual' na acepção de 'possibilidade de representação visual", até porque "(...) a exigência de perceptibilidade visual só pode ter como finalidade permitir a fixação da marca, de modo a documentá-la".

Contrapondo-se à registrabilidade da marca sonora no país, há doutrinadores que questionam a sua necessidade, porquanto a proteção poderia advir da vedação à concorrência desleal, bem como seria custoso ao INPI reestruturar os procedimentos administrativos marcários (OLIVEIRA, 2019).

Entretanto, a possibilidade de uso de sinal sonoro sem o caráter de exclusividade impede o desenvolvimento econômico e inibe o surgimento de certas inovações, indo na contramão do fluxo internacional. Além disso, a infração a direitos marcários pode se dar mesmo na ausência da concorrência desleal (OLIVEIRA, 2019).

Ressalta-se que, em âmbito internacional, os EUA geralmente exigem, em acordos de livre comércio, a registrabilidade de marcas não tradicionais:

> [...] o instituto das marcas não tradicionais é muito rico e com potencial e destaque cada vez maior nos sistemas marcários mundiais, de modo que os Estados Unidos, geralmente estabelecem como obrigação para a assinatura de acordos de livre comércio (com outros países) que o referido país não tenha como condição de registrabilidade a percepção visual das marcas [...] (OLIVEIRA, 2019, p. 58).

Assim, o art. 122 da Lei nº 9.279/1996 deve se harmonizar com a Constituição Federal, de modo a permitir a garantia de propriedade da marca, acompanhada do interesse social e do desenvolvimento tecnológico e econômico do País. Nesse contexto, considerando a mutação da realidade, tal dispositivo deve sofrer controle de constitucionalidade, aplicando-se ao termo "sinais distintivos visualmente perceptíveis" a técnica da intepretação conforme à Constituição, a qual é utilizada nos casos em que uma norma admite mais de uma interpretação (normas polissêmicas ou plurissignificativas), uma com violação ao texto constitucional e outra não.

Conforme SARLET *et al.*:

> Pergunta-se, porém, se a alteração dos fatos pode tornar inconstitucional norma que, em princípio, apresentava-se como constitucional. A mutação da realidade, ao se projetar sobre o texto normativo, pode lhe dar outra fisionomia, impondo nova interpretação e, por consequência, a desarmonia de determinadas normas infraconstitucionais diante da Constituição. Há, neste sentido, uma inconstitucionalização da lei derivada de um processo de mutação da realidade.
> [...]
> A interpretação conforme à Constituição não constitui método de interpretação, mas técnica de controle de constitucionalidade. Constitui técnica que impede a declaração de inconstitucionalidade da norma mediante a afirmação de que esta tem um sentido – ou uma intepretação – conforme à Constituição. (SARLET, 2021, p. 1.091-1.092 e 1.109-1.110)

Portanto, o sentido que preserva a constitucionalidade do art. 122 da Lei nº 9.279/1996 é aquele que admite o registro de sinais distintivos não visuais, desde que possam ser representados visualmente.

Deveras, um sinal sonoro marcante transposto graficamente ou figurativamente é também um sinal distintivo visualmente perceptível.

Ressalta-se que a falta de atualização legislativa das marcas não representa barreira a interpretações condizentes com a realidade social e o Direito Constitucional.

Demais disso, o Brasil, desde 2019, aderiu ao Protocolo de Madri sobre o Registro Internacional de Marcas (Decreto nº 10.033/2019), de modo que deve conformar seu modelo protetivo ao Sistema Internacional Marcário, o qual, por seu turno, admite o registro de marcas sonoras:

> O Protocolo de Madri é um tratado internacional que permite o depósito e registro de marcas em mais de 120 países. O tratado, que é administrado pela Organização Mundial da Propriedade Intelectual – OMPI, foi adotado em 27 de junho de 1989.
> [...]
> [...] a partir de 2 de outubro de 2019, o Brasil poderá atuar como Administração de origem e como Parte Contratante designada, enviando e recebendo pedidos internacionais no âmbito do Protocolo. (INPI, 2021, p. 317)

Cumpre ainda frisar que as marcas sonoras exercem função social adicional na assistência ao mercado de consumidores portadores de deficiência visual, sendo instrumentos importantes para a identificação de produtos e serviços para esse público com limitações visuais (Oliveira, 2019).

Enfim, o conceito de marca sofreu evoluções e adequações às realidades de cada época, "(...) tanto sob a ótica das empresas, por como posicionam suas estratégicas de *marketing*, quanto na percepção do consumidor, que vem se habituando a reconhecer bens e serviços não somente por logotipos e palavras" (OLIVEIRA, 2019, p. 50), destacando-se, assim, ao lado do "ser visual", o antes esquecido "ser sonoro".

CONCLUSÃO

A tendência mundial quanto às marcas é tratá-las como sendo qualquer sinal distintivo capaz de identificar um produto ou serviço, sem se limitar a sinais visíveis.

As marcas não tradicionais surgiram e são objeto de proteção em diversos países, inclusive estão ao abrigo da OMPI (WIPO).

A então prevalência de assinaturas visuais sobre os sinais não visuais resulta de construção histórica e cultural, mas, com a evolução da sociedade e da economia de mercado, somada ao surgimento de tecnologias inovadoras, houve o impulsionamento da exploração,

pelo comércio, dos cinco sentidos do consumidor, transmitindo-lhe experiências únicas, capazes de tornar mais memoráveis marcas, a partir da emoção.

A marca sonora, em especial, complementa a marca visual, dando-lhe "personalidade" e, associada a valores humanos, pode representar estilos de vida. O "ser sonoro" reforça o "ser visual".

É por isso que os efeitos sonoros são altamente utilizados no *Marketing* 3.0 (*sound* e *music branding*), em podcasts, em *videogames* e em mídias sociais.

A não admissão do registro marcário de sinais sonoros pode diminuir o potencial distintivo da própria marca, bem como seu valor patrimonial, causando desestímulo à geração de novos modelos de negócio, o que iria de encontro aos objetivos do Estado de garantir a proteção da propriedade das marcas, quais sejam, o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País.

Desse modo, foi demonstrada a ocorrência da mutação da realidade, apta a impactar a constitucionalidade do art. 122 da Lei de Propriedade Industrial, que, sob a incidência da técnica da interpretação conforme à Constituição, possibilitará o registro, no Brasil, da marca sonora, desde que haja a representação visual do sinal distintivo.

Somente assim o Protocolo de Madri poderá ser aplicado completamente em âmbito interno, conformando-se o modelo marcário brasileiro ao Sistema Internacional de Marcas, e posicionando o Brasil ao lado das demais nações integrantes do tratado.

REFERÊNCIAS

ANGELONI, Maria Paula Corrêa; SILVEIRA, Ramon Henrique Philippi; POZZEBON, Eliane; FRIGO, Luciana Bolan. Influências Internas nos Videogames: como roteiro e som podem afetar a percepção dos jogadores, **SBC - Proceedings of SBGames 2017**, p. 899-907, XVI SBGames, Curitiba – PR, November 2nd - 4th, 2017.

BARBOSA, Denis Borges. **Uma Introdução à Propriedade Intelectual**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

BUFARAH JUNIOR, Alvaro. Podcast e as novas possibilidades de monetização na radiodifusão. Radiofonias. **Revista de Estudos em Mídia Sonora**. Mariana-MG, v. 11, n. 01, p. 33-48, jan./abr. 2020.

CESPEDES, Fernando. Ser sonoro: visões e audições de mundo para um novo habitar. **POSCOM 2017**. Rio de Janeiro, v.1, p. 77-90, 2017.

CORREA, José Antonio B. L. Faria. A dimensão plurissensorial das marcas: a proteção da marca sonora na lei brasileira. **Revista da ABPI**, Rio de Janeiro, n. 69, p. 17-22, mar./abr. 2004.

INPI - Instituto Nacional da Propriedade Industrial. **Manual de Marcas**. Diretoria de Marcas, Desenhos Industriais e Indicações Geográficas. Rio de Janeiro: 3ª ed., 4ª revisão, 2021.

MARQUES, Ricardo Luiz Pereira. Inspiração nas decisões do tribunal de justiça das comunidades européias para hermenêutica e aplicação do art. 122 da Lei 9.279/96. **Revista Eletrônica Direito e Política**, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI. Itajaí: v.3, n. 3, 3º quadrimestre de 2008.

MARQUES, Ricardo Luiz Pereira; MAGALHÃES, Rodrigo Almeida. Contribuições da Filosofia do Direito para a Aceitação de Marcas Sonoras no Direito Brasileiro, **Revista Jurídica Cesumar – Mestrado**. Maringá: v. 9, n. 1, p. 57-69, jan./jun. 2009.

MARQUES, Ricardo Luiz Pereira. **Marcas Sonoras no Direito Brasileiro**, Curitiba: Juruá, 2010.

MENEGUETTE, Lucas C.; BASBAUM, Sérgio R. Pensando a sonoridade do jogo: uma proposta de organização conceitual, **SBC - Proceedings of SBGames 2016**, p. 654-663, XV SBGames, São Paulo – SP, September 8th - 10th, 2016.

NASCIMENTO, Guto Guerra. **Music branding**: qual o som da sua marca? Rio de Janeiro: Elsevier, 2013.

OLIVEIRA, Natália Bonela de. **Marcas sonoras: uma análise sobre a figura da marca sonora a partir de documentos da Organização Mundial da Propriedade Intelectual - OMPI**. Tese (Mestrado Profissional em Propriedade Intelectual e Inovação) - Academia de Propriedade Intelectual, Inovação e Desenvolvimento - Divisão de Pós-Graduação e Pesquisa, Instituto Nacional da Propriedade Industrial – INPI. Rio de Janeiro, p. 155. 2019.

PIAZZI, Alyssa Helena de Oliveira; NOGUEIRA, Letícia de Sá. Identidade Sonora das Marcas: No Ritmo da Delivery Much. **CES Revista**, Juiz de Fora, v. 33, n. 2, p. 100-118, dez. 2019.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**, 10ª ed., São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

WIPO – *World Intellectual Property Organization*. **WIPO/STrad/INF/3**. *Standing Committee on the Law of Trademarks, Industrial Designs and Geographical Indications: Representation of Non-Traditional Marks Areas of Convergence*, Geneva: WIPO, 2009, 5 p. Disponível em: <https://www.wipo.int/export/sites/www/sct/en/meetings/pdf/wipo_strad_inf_3.pdf>. Acesso em: 14 jul. 2021.

WIPO – *World Intellectual Property Organization***. Criando uma marca**: uma introdução às marcas para pequenas e médias empresas, Série Propriedade Intelectual para Empresas, n. 1, Suíça: WIPO, 2019.

WIPO – *World Intellectual Property Organization*. **Marcas Registradas**. Disponível em: <https://www.wipo.int/trademarks/en/>. Acesso em: 14 jul. 2021.

NECESSIDADE DE ATUAÇÃO DOS TRIBUNAIS DE CONTAS PARA RECONHECIMENTO DE ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA NA OMISSÃO DE PRESTAÇÃO DE CONTAS

NEED FOR THE ACTION OF THE COURTS OF ACCOUNTS FOR RECOGNITION OF THE ACT OF ADMINISTRATIVE IMPROBITY IN THE OMISSION OF ACCOUNTABILITY

Fábio Manoel Fragoso Bittencourt Araújo[1]

Resumo: os Tribunais de Contas são órgãos que auxiliam o Poder Legislativo na fiscalização da utilização de recursos públicos pela Administração, razão pela qual é importante estudar a necessidade de atuação desses Tribunais para reconhecimento de ato de improbidade administrativa na omissão de prestação de contas. Até porque, o uso de recursos públicos sem a devida justificativa é um fato jurídico que traz prejuízos à gestão das finanças públicas, principalmente no aspecto da transparência. Diante disso, o objetivo do estudo é discutir sobre o papel dos Tribunais de Contas no contexto da omissão de prestação de contas. A metodologia utilizada foi a pesquisa de tipo bibliográfico, sendo feita uma revisão de literatura. Os resultados encontrados apontaram que cabe aos Tribunais de Contas representar à autoridade administrativa competente quando constatada a omissão de prestação de contas. A conclusão é no sentido de que os Tribunais de Contas exercem papel fundamental no reconhecimento da falta de prestação de contas como ato de improbidade administrativa.

Palavras-chave: Prestação de Contas; Omissão; Improbidade Administrativa; Tribunais de Contas.

Abstract: the Courts of Accounts are bodies that assist the Legislative Power in the supervision of the use of public resources by the Administration, reason why it is important to study the need to act these Courts to recognize the act of administrative improbity in the omission of accountability. Also, the use of public resources without proper justification is a legal fact that damages the management of public finances, especially in the aspect of transparency. Therefore, the aim of the study is to discuss the role of the Courts of Accounts in the context of the omission of accountability. The methodology used was bibliographic research, and a literature review was made. The results showed that it is up to the Courts of Accounts to represent the competent administrative authority when the omission of accountability is found. The conclusion is that the Courts of Accounts play a key role in the recognition of the lack of accountability as an act of administrative misconduct.

Keywords: Accountability; Omission; Administrative Improbity; Courts of Accounts.

[1]Advogado e Procurador-Chefe Adjunto do Tribunal de Contas do Estado de Alagoas – TCE/AL. Mestrando em Administração Pública pelo Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa – IDP. Pós-graduado em Direito Tributário pelo Instituto Brasileiro de Estudos Tributários – IBET. ORCID ID: https://orcid.org/0000-0002-1501-2640. Endereço: Av. Dr. Antonio Gomes de Barros, 625, 209, Jatiuca, Maceio/AL. Telefone: (82) 99907-4435. E-mail: fabio@escritoriomartins.adv.br.

Sumário: Introdução. 1. A prestação de contas como instrumento de transparência da gestão fiscal. 2. A omissão de prestação de contas como ato de improbidade administrativa. 3. O papel do tribunal de contas na constituição do ato de improbidade administrativa por omissão de prestação de contas. Conclusão.

INTRODUÇÃO

O presente artigo científico tem como foco um estudo de cunho jurídico sobre a necessidade de atuação dos Tribunais de Contas para reconhecimento de ato de improbidade administrativa na omissão de prestação de contas.

A problemática reside no fato de que a omissão na prestação de contas é um fato jurídico que afeta a gestão das finanças públicas, sobretudo no que diz respeito ao aspecto da transparência e dos princípios norteadores da Administração Pública.

A hipótese levantada pela pesquisa é de que os Tribunais de Contas necessitam representar à autoridade administrativa competente quando verificarem a omissão de prestação de contas, possibilitando o reconhecimento do ato de improbidade administrativa.

O objetivo geral é discutir sobre o papel dos Tribunais de Contas no contexto da omissão de prestação de contas. Dentre os objetivos específicos, destacam-se: a) refletir sobre a transparência na gestão fiscal; b) abordar sobre a importância da prestação de contas; c) estudar o ato de improbidade que atenta contra os princípios da Administração Pública.

O trabalho se justifica em razão da contribuição relevante para a sociedade, no sentido de realçar a importância da prestação de contas como instrumento de controle da dívida pública, possibilitando a fiscalização por parte das autoridades públicas competentes, além da contribuição significativa para a comunidade acadêmica, agregando conhecimento e fomentando a produção de novos estudos sobre o tema em questão.

A pesquisa foi realizada a partir de uma abordagem empírico-analítica, alicerçada na base metodológica de natureza qualitativa, sendo reunidas e analisadas informações provenientes de produções científicas na área do Direito Público. Desse modo, o tipo de pesquisa selecionado foi a bibliográfica, sendo realizada uma revisão de literatura.

A fim de proporcionar uma leitura mais didática e harmoniosa, o artigo foi estruturado em três capítulos. O primeiro capítulo se destina ao estudo da prestação de contas como instrumento de transparência da gestão fiscal. O segundo capítulo trata da omissão de prestação de contas como ato de improbidade administrativa. O terceiro e último capítulo busca entender

o papel do Tribunal de Contas na constituição do ato de improbidade por omissão de prestação de contas.

1. A PRESTAÇÃO DE CONTAS COMO INSTRUMENTO DE TRANSPARÊNCIA DA GESTÃO FISCAL

No dia 4 de maio de 2000 foi sancionada a Lei Complementar nº 101, mais conhecida como Lei de Responsabilidade Fiscal - LRF, estabelecendo normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal, com amparo no Capítulo II do Título VI da Constituição Federal de 1988, que trata das normas gerais de finanças.

De acordo com Oliveira (2015, p. 39), a Lei de Responsabilidade Fiscal "foi saudada pelos que a apoiavam como um 'código de conduta para os administradores públicos', 'um marco histórico', 'uma revolução nas finanças públicas'".

A edição da LC nº 101/2000 foi reflexo da preocupação com a gestão descontrolada das finanças públicas no Brasil e suas consequências. Para tanto, o Poder Público buscou regulamentar a gestão do dinheiro público por meio de um instrumento legal, e assim o fez com a Lei de Responsabilidade Fiscal.

Acerca disto, Oliveira (2015, p. 43) informa que:

> Na raiz do processo inflacionário que o Brasil viveu nas décadas de 1980 e 1990 estava o descontrole fiscal, com repercussão no aumento da dívida pública. As consequências negativas para o desenvolvimento econômico advindas da constatação e percepção de descontrole fiscal pelos agentes econômicos são conhecidas: aumento da taxa de juros requerida pelos compradores de títulos públicos, redução dos níveis de investimentos, redução da taxa de criação de empregos, e, consequentemente, diminuição do bem-estar social.

O advento da LC nº 101/2000 caracterizou uma evolução importante nas relações entre o Estado fiscal e o cidadão. Além disso, ao ressaltar a necessidade da *accountability*, designou caráter imprescindível à gestão das finanças públicas na ação racional do Estado Moderno, ratificando a noção de ética do interesse público, direcionada para o regramento fiscal como forma de melhorar o desempenho das atividades constitucionais do Estado (MENDES, 2003).

O cerne da Lei de Responsabilidade Fiscal é moralizar o uso do dinheiro público com o controle da dívida pública. Com efeito, a Lei trouxe regras gerais que modernizaram o direito financeiro, sobretudo no tocante ao ganho da receita pública, execução de despesas públicas, arrumação dos orçamentos e aprovação da dívida pública.

A exposição de motivos do Projeto de Lei de Responsabilidade Fiscal, no parágrafo décimo, evidencia que a finalidade é "construir compromisso em favor de um regime fiscal

capaz de assegurar o equilíbrio intertemporal das contas públicas, entendido como bem coletivo, do interesse geral da sociedade brasileira" (BRASIL, 1999).

Nessa perspectiva, ao contrário do que a população pode pensar, a Lei de Responsabilidade Fiscal não tem como objetivo combater a corrupção, restaurar a moral e a ética, consertar o Brasil, resguardar a moralidade pública, entre outras concepções idealísticas. A causa essencial que originou a Lei foi a necessidade histórica e imediata de constituir processos estruturais de controle da dívida pública, de modo direto ou indireto (OLIVEIRA, 2015).

Um dos meios de conter o endividamento público é com transparência, conforme se observa na leitura do art. 1º, § 1º, da Lei de Responsabilidade Fiscal:

> Art. 1º [...]
> § 1º A responsabilidade na gestão fiscal pressupõe a ação planejada e transparente, em que se previnem riscos e corrigem desvios capazes de afetar o equilíbrio das contas públicas, mediante o cumprimento de metas de resultados entre receitas e despesas e a obediência a limites e condições no que tange a renúncia de receita, geração de despesas com pessoal, da seguridade social e outras, dívidas consolidada e mobiliária, operações de crédito, inclusive por antecipação de receita, concessão de garantia e inscrição em Restos a Pagar.

A transparência é um componente fundamental para que a gestão fiscal seja realizada de modo responsável, pois permite que o cidadão fiscalize a atuação da Administração, fornecendo maior segurança e controle das contas públicas. A transparência é tão importante no contexto da gestão fiscal que foi alçada ao patamar de princípio constitucional pela Carta Magna de 1988.

O princípio da transparência ou clareza foi definido pela Lei Maior como pedra de toque do Direito Financeiro. Aliás, tal princípio constitucional pode ser associado à noção de segurança orçamentária, pois a transparência demonstra a imprescindibilidade da função de propiciar subsídios para a discussão sobre as finanças públicas. A partir daí, torna-se possível uma maior fiscalização das contas públicas pelos órgãos competentes e, de modo mais amplo, pela própria sociedade, razão pela qual a busca pela transparência é equivalente a busca pela legitimidade (MENDES, 2013).

Ao lado da legalidade, a transparência na execução do orçamento é uma imposição do Estado Democrático de Direito, pois proporciona o controle dos gastos públicos pela sociedade, que é a maior responsável pela existência de recursos no orçamento com o pagamento de tributos. Ademais, a existência de mecanismos que garantam o efetivo controle das contas públicas reforça o senso de cidadania fiscal, conscientizando o cidadão comum do dever de colaborar na vida financeira do Estado (PISCITELLI, 2018).

Como bem destaca Abraham (2018, p. 428), “um dos grandes méritos da Lei de Responsabilidade Fiscal foi o de estimular o exercício da cidadania na área financeira, através dos mecanismos de transparência que criou e regulamentou”.

Os instrumentos de transparência da gestão fiscal estão previstos no art. 48 da Lei de Responsabilidade Fiscal:

> Art. 48. São instrumentos de transparência da gestão fiscal, aos quais será dada ampla divulgação, inclusive em meios eletrônicos de acesso público: os planos, orçamentos e leis de diretrizes orçamentárias; as prestações de contas e o respectivo parecer prévio; o Relatório Resumido da Execução Orçamentária e o Relatório de Gestão Fiscal; e as versões simplificadas desses documentos.

Ao analisar os instrumentos de transparência da gestão fiscal, destaca-se a prestação de contas, que tem como objetivo fornecer aos cidadãos acesso aos documentos que sustentam a realização de gastos públicos e, consequentemente, permite o controle das despesas. Logo, a prestação de contas assegura a transparência, pois fornece publicidade aos gastos públicos (PISCITELLI, 2018).

Ressalta-se, que a publicidade não consiste em um princípio específico do Direito Financeiro. Não obstante, é um princípio expresso no texto constitucional, direcionado especificamente à Administração Pública, nos termos do *caput* do art. 37 da Constituição Federal de 1988. Por este motivo, a prestação de contas deve ser divulgada para leitura e análise dos órgãos competentes e dos demais cidadãos.

É o que estabelece o art. 49 da Lei de Responsabilidade Fiscal: “as contas apresentadas pelo Chefe do Poder Executivo ficarão disponíveis, durante todo o exercício, no respectivo Poder Legislativo e no órgão técnico responsável pela sua elaboração, para consulta e apreciação pelos cidadãos e instituições da sociedade”.

Como princípio norteador da conduta da Administração, a publicidade é um meio de garantir a transparência, proporcionando a fiscalização das receitas e despesas públicas. Para tanto, a prestação de contas se apresenta como instrumento idôneo para tornar a gestão fiscal transparente, deixando o cidadão municiado das informações necessárias para exercer o direito de fiscalizar as contas públicas.

De acordo com o art. 58 da Lei de Responsabilidade Fiscal:

> Art. 58. A prestação de contas evidenciará o desempenho da arrecadação em relação à previsão, destacando as providências adotadas no âmbito da fiscalização das receitas e combate à sonegação, as ações de recuperação de créditos nas instâncias administrativa e judicial, bem como as demais medidas para incremento das receitas tributárias e de contribuições.

Resta evidente, pois, que o legislador escolheu a prestação de contas como um mecanismo de transparência da gestão fiscal, demonstrando a situação financeira, contábil e orçamentária para permitir a fiscalização e controle na utilização dos recursos financeiros pela Administração Pública.

2. A OMISSÃO DE PRESTAÇÃO DE CONTAS COMO ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

A obscuridade no manuseio do dinheiro público pela Administração constitui um risco para a sociedade, no sentido de conferir liberdade total para o administrador utilizar os recursos públicos, isto é, sem quaisquer critérios e limites, além de impedir ou dificultar o controle das finanças públicas e a fiscalização pelos administrados. Neste contexto, o legislador considerou que o descumprimento do dever de prestar contas constitui ato de improbidade administrativa.

Conforme o art. 73 da Lei de Responsabilidade Fiscal, as infrações aos dispositivos dessa lei serão punidas segundo a Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, mais conhecida como Lei de Improbidade Administrativa.

Após a promulgação da Constituição Federal de 1988, houve várias modificações legislativas que repercutiram no modo como o Estado interage com a receita, a despesa e o orçamento. Como exemplo, destaca-se a aprovação da Lei nº 8.429/1992, que institui o combate à improbidade administrativa (PISCITELLI, 2018).

Consoante as lições de Abraham (2018, p. 481):

> Improbidade é a ausência da qualidade de probidade, que deságua na desonestidade. Pode-se conceituar o ato de improbidade administrativa como sendo aquele praticado por agente público responsável por recursos públicos, em violação à lei, aos bons costumes, à ética e à moral, capaz de gerar seu enriquecimento ilícito, lesão ao erário ou violação aos deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade e lealdade às instituições. O princípio da moralidade administrativa e a probidade administrativa se relacionam. Aquele é gênero, do qual a probidade administrativa é espécie.

Aprofundando essa linha de raciocínio, Favreto (2017, p. 344) leciona que "a probidade é própria do indivíduo *probus*, que tem retidão de conduta, honradez, lealdade, integridade, virtude e honestidade". Em contrapartida, a improbidade tem origem "do latim *improbitas*, que significa desonestidade, mau caráter, má conduta, e possui derivação da moral, relacionada aos costumes e à própria ética".

Em síntese, como bem definem Araújo e Lopes (2020, p. 80), "a improbidade administrativa se configura com a prática de qualquer ato contrário à probidade".

Diante disto, a Lei de Improbidade Administrativa busca enfrentar os atos que afetam a probidade no âmbito da Administração Pública, isto é, àquelas condutas que não apenas violam a legislação, mas também os valores que devem nortear a conduta do administrador no trato da coisa pública, notadamente a honestidade, a transparência, a ética, a moral, os bons costumes.

A opção do legislador em considerar a omissão no dever de prestação de contas como ato de improbidade administrativa é fruto não apenas da violação do princípio da legalidade, haja vista o descumprimento de uma imposição da Lei de Responsabilidade Fiscal, mas também da afronta aos valores que devem pautar a conduta do agente público na gestão das finanças públicas.

A caracterização da omissão de prestação de contas como ato de improbidade administrativa encontra amparo na Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, que dispõe sobre as sanções aplicáveis em virtude da prática de atos de improbidade administrativa.

Na redação original da Lei de Improbidade Administrativa, o art. 11, inc. VI, estabelecia o seguinte:

> Art. 11. Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições, e notadamente:
> [...]
> VI - deixar de prestar contas quando esteja obrigado a fazê-lo;

Convém registrar, que a Lei de Improbidade Administrativa passou por diversas alterações com a promulgação da Lei nº 14.230, de 25 de outubro de 2021, que modificou, inclusive, o inc. VI do art. 11, que passou a vigorar com a seguinte redação: “deixar de prestar contas quando esteja obrigado a fazê-lo, desde que disponha das condições para isso, com vistas a ocultar irregularidades”.

A partir de agora, para que a omissão na prestação de contas caracterize ato ímprobo, faz-se necessário o preenchimento de dois pressupostos cumulativos, notadamente: i) que o administrador tenha condições para realizar a prestação de contas; ii) que a omissão tenha como objetivo a ocultação de irregularidades.

Caso esses requisitos sejam preenchidos, o administrador incorrerá em improbidade, sobretudo pelo fato de que a omissão na prestação de contas é um ato que ofende os princípios da Administração Pública.

Os princípios expressos relativos à Administração Pública estão dispostos no art. 37 da Constituição Federal de 1988, notadamente, os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência. Ressalta-se, a existência de outros princípios explícitos e

implícitos no texto magno e na legislação infraconstitucional, tendo como função direcionar a conduta do administrador.

Acerca disto, Garcia e Alves (2017, p. 284) destacam a força normativa dos princípios, principalmente àqueles concernentes a Administração Pública:

> Hodiernamente, tem-se um período pós-positivista, em que os princípios deixaram de ser meros complementos das regras, passando a ser vistos como formas da expressão da própria norma, a qual é subdivida em regras e princípios. [...] Especificamente em relação aos princípios regentes da atividade estatal, é importante lembrar que estão eles inseridos, em profusão, no texto constitucional. Este fato, longe de representar a mera constatação da força legitimante da Constituição, por ocupar ela o ápice da pirâmide normativa, torna cogente que aos princípios sejam conferidas a normatividade e a imperatividade inerentes a todo e qualquer comando contido na norma fundamental.

Nessa esteira de entendimento, a ausência de prestação de contas pelo agente público que tinha a obrigação de prestá-la consiste em uma conduta omissa que viola os princípios da Administração Pública, sobretudo a legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, além de afrontar os valores incutidos nesses princípios, como a probidade, a honestidade, a transparência, a segurança orçamentária, dentre outros.

Por este motivo, a Lei de Improbidade Administrativa, mencionada no art. 73 da Lei de Responsabilidade Fiscal, estipula as sanções pessoais ao agente público por atos de improbidade. Isto significa que, independentemente das sanções políticas, penais, civis e administrativas estabelecidas na Lei de Responsabilidade Fiscal, o agente ímprobo estará submetido às sanções previstas na própria Lei de Improbidade Administrativa, que podem ser aplicadas, isolada ou cumulativamente, conforme a gravidade do fato (ABRAHAM, 2018).

No que diz respeito a aplicação das penalidades previstas na Lei de Responsabilidade Fiscal no caso de omissão de prestação de contas, assim como o enquadramento dessa conduta como ato de improbidade administrativa e a possibilidade de punição por meio da Lei de Improbidade Administrativa, Garcia e Alves (2017, p. 284) lecionam que:

> No direito pátrio, é vasto o sistema normativo de proteção ao patrimônio público e aos valores éticos que devem nortear a atuação dos agentes públicos, qualquer que seja a forma de investidura destes. A natureza dos interesses tutelados e as sanções cominadas àqueles que infringirem o preceito proibitivo previsto, de forma implícita ou explícita, na norma, assumem diferentes contornos, os quais variam em conformidade com a opção política do legislador e os balizamentos do texto constitucional. Não raro ocorrerá que a uma mesma conduta sejam cominadas distintas sanções, cuja consistência e extensão variarão em conformidade com o ramo do Direito a que esteja vinculado o prisma de análise, culminando com a possibilidade de aplicação de reprimendas de natureza política, penal, cível ou administrativa ao agente infrator.

Desse modo, o descumprimento das obrigações previstas na Lei de Responsabilidade Fiscal, como é o caso da omissão de prestação de contas, enseja a aplicação das disposições da Lei de Improbidade Administrativa, pois a violação do dever de prestar contas constitui ato ímprobo.

3. O PAPEL DO TRIBUNAL DE CONTAS NA CONSTITUIÇÃO DO ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA POR OMISSÃO DE PRESTAÇÃO DE CONTAS

Na conjuntura da omissão de prestação de contas como ato de improbidade administrativa, destaca-se o papel dos Tribunais de Contas.

O Tribunal de Contas é um órgão que se propõe a realizar o controle externo das finanças públicas. Inicialmente, pode parecer um simples órgão administrativo, colegiado, que exerce funções jurisdicionais sobre os sujeitos que manuseiam o dinheiro público, garantindo a probidade da Administração. Não obstante, à luz do texto constitucional, sua função é muito mais relevante e profunda, exercendo função essencialmente política, tendo em vista o papel de órgão fiscalizador. No sistema constitucional de freios e contrapesos, o Tribunal de Contas é instrumento técnico do Poder Legislativo (BALEEIRO, 2015).

De acordo com o art. 71 da Constituição Federal de 1988:

> Art. 71. O controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União, ao qual compete:
> I - apreciar as contas prestadas anualmente pelo Presidente da República, mediante parecer prévio que deverá ser elaborado em sessenta dias a contar de seu recebimento;

Apesar do dispositivo em comento se aplicar ao Tribunal de Contas da União, que auxiliará o Congresso Nacional no exercício do controle externo, apreciando a prestação de contas anual do Presidente da República, tal competência também abrange, no que couber, os Tribunais de Contas Estaduais e do Distrito Federal, assim como os Tribunais e Conselhos de Contas dos Municípios, nos termos do art. 75 da Carta Magna.

Assim, os Tribunais de Contas de cada ente federativo exercem relevante papel no controle do orçamento brasileiro, atuando no controle externo em conjunto com o Poder Legislativo (ABRAHAM, 2018).

Por ser um órgão técnico auxiliador do Poder Legislativo, com competência para fiscalizar os gastos públicos, os Tribunais de Contas atuam no reconhecimento e apuração de ilegalidades e irregularidades com a produção de pareceres (PISCITELLI, 2018).

Nessa perspectiva, é competência dos Tribunais de Contas a emissão de parecer prévio sobre as prestações de contas dos Chefes do Poder Executivo, nos termos do art. 56 da Lei de Responsabilidade Fiscal:

> Art. 56. As contas prestadas pelos Chefes do Poder Executivo incluirão, além das suas próprias, as dos Presidentes dos órgãos dos Poderes Legislativo e Judiciário e do Chefe do Ministério Público, referidos no art. 20, as quais receberão parecer prévio, separadamente, do respectivo Tribunal de Contas.

Segundo o art. 57 da Lei de Responsabilidade Fiscal, o prazo para os Tribunais de Contas emitir parecer prévio conclusivo é de sessenta dias, contados do recebimento da prestação de contas, exceto se outro prazo estiver previsto nas constituições estaduais ou nas leis orgânicas municipais.

A finalidade do parecer sobre a prestação de contas do governo é analisar os gastos públicos pelo período de um ano. Entretanto, não cabe ao Tribunal de Contas proferir julgamento sobre essas contas, pois essa atribuição é exclusiva do Poder Legislativo, segundo comando constitucional. Fato é que o parecer não tem poder vinculante, tampouco força impositiva. No entanto, é um instrumento com significativo poder simbólico, tendo em vista a reprovação das contas de 2015, da Presidente Dilma Rousseff, momento em que o parecer foi utilizado como principal fundamento no processo de impeachment (PISCITELLI, 2018).

A apreciação dos gastos públicos da Administração, opinando pela aprovação ou rejeição das contas, é fundamental para assegurar a transparência na gestão fiscal. Daí a importância da função exercida pelo Tribunal de Contas, como órgão fiscalizador da gestão dos recursos públicos.

O papel fiscalizador do Tribunal de Contas foi ratificado pelo art. 59 da Lei de Responsabilidade Fiscal:

> Art. 59. O Poder Legislativo, diretamente ou com o auxílio dos Tribunais de Contas, e o sistema de controle interno de cada Poder e do Ministério Público fiscalizarão o cumprimento desta Lei Complementar, consideradas as normas de padronização metodológica editadas pelo conselho de que trata o art. 67, com ênfase no que se refere a:

Com efeito, na ausência de prestação de contas pelo Chefe do Poder Executivo, cabe ao respectivo Tribunal de Contas analisar o fato e exigir o cumprimento da Lei de Responsabilidade Fiscal.

Acerca disto, convém lembrar que o ato de não prestar contas resulta em infração à Lei de Responsabilidade Fiscal, na forma do art. 73 da LC nº 101/2000, além de constituir ato de

improbidade administrativa que atenta contra os princípios da Administração Pública, nos termos do art. 11, inc. VI, da Lei nº 8.429/1992.

Nesse caso, o que se espera dos Tribunais de Contas é o cumprimento do seu papel de órgão fiscalizador dos gastos públicos, atuando de modo efetivo na constituição do ato de improbidade assim que constatada a omissão na prestação de contas.

Para tanto, faz-se necessário que o Tribunal de Contas represente à autoridade administrativa competente, a fim de que seja instaurada investigação destinada a apurar a prática de ato de improbidade pelo administrador que deixou de prestar contas dentro do respectivo prazo, conforme o disposto no *caput* do art. 14 da Lei de Improbidade Administrativa.

O Superior Tribunal de Justiça (STJ), no julgamento do Agravo em Recurso Especial nº 1.327.393 – MA, reconheceu que a omissão de prestação de contas é um fato jurídico que constitui ato de improbidade administrativa, reforçando a atuação de órgãos fiscalizadores, como os Tribunais de Contas.

No caso em tela, o Ministério Público do Estado do Maranhão propôs ação civil pública por ato de improbidade administrativa, tendo em vista que o então Prefeito do Município de Pandaré-Mirim não prestou contas de convênio realizado para a construção de unidades habitacionais. Ao apreciar as prestações de contas, o STJ verificou que os protocolos aconteceram após os ex-gestor tomar ciência da acusação de improbidade administrativa, possivelmente com a pretensão de assegurar sua impunidade, pois desprezou o dever de justificar o emprego dos recursos recebidos. Portanto, entendeu o Tribunal da Cidadania que houve dolo do agente público em relação à prática da conduta ímprobo tipificada como violadora dos princípios da administração pública, na forma do art. 11, inc. VI, da Lei de Improbidade.

Salientando o papel dos Tribunais de Contas, Lima (2018, p. 107) ensina que:

> Os Tribunais de Contas exercem uma função essencial à democracia, que é o controle externo da Administração Pública. Além de guardiões da responsabilidade fiscal e da probidade e eficiência administrativas, os Tribunais de Contas devem atuar como impulsionadores da transparência na gestão pública, da qualidade na execução de políticas públicas e da criação e aperfeiçoamento de mecanismos de participação da cidadania, inclusive mediante o uso das novas tecnologias de comunicação e informação.

Por exigir o manuseio de dinheiro público, a gestão das finanças públicas deve ser transparente, o que ocorrerá por meio da prestação de contas. Ora, como os atos dos gestores se sujeitam ao controle da Administração e do Tribunal de Contas, é inescusável o dever de

representar à autoridade administrativa quando constatada a ausência de prestação de contas, a fim de possibilitar a constituição do ato de improbidade administrativa.

CONCLUSÃO

A omissão na prestação de contas é um fato jurídico que traz prejuízos a gestão fiscal, afetando principalmente a transparência no manuseio dos recursos públicos. Para que a gestão das finanças públicas seja feita de modo responsável, trazendo maior segurança e controle das contas públicas, é fundamental que exista transparência, que só acontecerá por meio da prestação de contas.

A ausência de justificativa pelo administrador na utilização de recursos públicos implica não apenas na falta de transparência da gestão fiscal, como também na violação de dever imposto pela Lei de Responsabilidade Fiscal, ensejando a aplicação das sanções previstas na Lei de Improbidade Administrativa.

À luz do art. 11, inc. VI, da Lei de Improbidade, a falta de prestação de contas é um ato tipificado como atentatório aos princípios norteadores da Administração Pública. Além da violação dos deveres de transparência, honestidade e legalidade, o ato constitui uma afronta à moralidade, que abarca em seu conceito a noção de probidade.

Neste cenário, ganha destaque a necessidade de atuação dos Tribunais de Contas para reconhecimento de ato de improbidade administrativa na omissão da prestação de contas. Isto porque, a Lei de Responsabilidade Fiscal estabelece que as contas prestadas pelos Chefes do Poder Executivo devem ser apreciadas para a emissão de parecer prévio pelo respectivo Tribunal de Contas.

Ora, a partir do momento em que o gestor público deixar de prestar contas no prazo legal, cabe ao Tribunal de Contas, como órgão fiscalizador dos recursos públicos, entregar representação à autoridade administrativa competente, possibilitando a instauração de investigação com o objetivo de apurar a prática de ato de improbidade administrativa.

Evidente, pois, o papel significativo exercido pelo Tribunal de Contas, pois como órgão responsável pela apreciação e emissão de parecer sobre as contas públicas, possuirá maiores condições de identificar o eventual descumprimento desse dever pelo administrador. A partir dessa constatação, o reconhecimento do ato de improbidade administrativa pelas autoridades competentes será amparado pela representação feita pelo Tribunal de Contas.

REFERÊNCIAS

ABRAHAM, Marcus. **Curso de direito financeiro brasileiro**. 5. ed., rev. atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2018.

ARAÚJO, Fábio Manoel Fragoso Bittencourt; LOPES, Eduardo Antônio de Campos. **Ação de improbidade administrativa**: ausência de justa causa no manuseio e recebimento em face da absolvição do réu em processo penal. *In*: Reflexões sobre o direito público contemporâneo. LINS, Fabio; FREITAS, Janaina. (coord). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.

BALEEIRO, Aliomar. **Uma introdução à Ciência das Finanças**. 19 ed. revista e atualizada por Hugo de Brito Machado Segundo. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

BRASIL, Câmara dos Deputados. **Diário da Câmara dos Deputados**. Ano Liv nº 47. Quinta Feira, 18 de março de 1999. Brasília-DF. p. 10145-10146. Disponível em: <http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD18MAR1999.pdf#page=110>. Acesso em: 10 abr. 2021.

BRASIL, Planalto. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 10 abr. 2021.

BRASIL, Planalto. **Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000**. Lei de Responsabilidade Fiscal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp101.htm>. Acesso em: 5 abr. 2021.

BRASIL, Planalto. **Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992**. Lei de Improbidade Administrativa. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8429.htm>. Acesso em: 8 abr. 2021.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça (STJ). **Agravo em Recurso Especial nº 1.327.393 – MA**. Rel. Min. Francisco Falcão. 2ª Turma. Data de julgamento: 9 de abril de 2019. Disponível em: <http://www.tce.ro.gov.br/wp-content/uploads/2019/04/Decis%C3%A3o-STJ-Presta%C3%A7%C3%A3o-de-Contas.pdf>. Acesso em: 14 abr. 2021.

FAVRETO, Rogério. **Improbidade administrativa:** penalidades e reflexos na Lei da Ficha Limpa. *In*: Improbidade administrativa – temas atuais e controvertidos. coord. Mauro Campbell Marques. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

GARCIA, Emerson; ALVES, Rogerio Pacheco. **Improbidade administrativa**. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

LIMA, Luiz Henrique. **O Controle da Responsabilidade Fiscal e os Desafios para os Tribunais de Contas em Tempos de Crise**. *In*: Lima, Luiz Henrique; Oliveira, Weder de;

Camargo, João Batista (Coord.). Contas Governamentais e Responsabilidade Fiscal: desafios para o controle externo. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

MENDES, Gilmar Ferreira. Comentário ao art. 48. *In:* Martins, Ives Gandra da Silva; Nascimento, Carlos Valder (Org.). **Comentários à Lei de Responsabilidade Fiscal**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Lei de Responsabilidade Fiscal**, correlação entre metas e riscos fiscais e os impactos dos déficits públicos para as gerações futuras. Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP, Belo Horizonte, ano 2, n. 14, p. 1663-1666, fev. 2003.

OLIVEIRA, Weder de. **Curso de Responsabilidade fiscal**: direito, orçamento e finanças públicas. 2 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

PISCITELLI, Tathiane. **Direito financeiro**. 6. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: MÉTODO, 2018.

THE DESIGN OF TAX POLICIES AND INEQUALITY: HOW CAN TAX POLICIES ADDRESS INEQUALITY?

A CONCEPÇÃO DAS POLÍTICAS TRIBUTÁRIAS E DESIGUALDADE: COMO AS POLÍTICAS TRIBUTÁRIAS PODEM COMBATER DESIGUALDADE?

Vivian J. S. Vieira Pinto[1]

Abstract: inequality is a common feature of modern society. Most nations struggle to address this issue which can negatively impact the quality of life of their citizens. After the covid-19 pandemic, this subject deserves special attention. This work intends to answer to the main research question: how a tax policy can be designed to combat social inequality?. In order to achieve such goal, this research starts with a discussion of the definition of inequality and perspectives to be adopted. Later, it proposes guidelines for the policy design process, based on a broad perspective of inequality, which includes social and economic indicators.

Keywords: inequality; inequality of opportunities; tax policies.

Resumo: a desigualdade é uma característica comum da sociedade moderna. A maioria dos estados enfrenta desafios para resolver esse problema, o qual pode impactar negativamente a qualidade de vida de seus cidadãos. Em especial, considerando o cenário pós-pandêmico da covid-19, tal assunto merece reforçada atenção. Este trabalho pretende responder à principal questão: como uma política tributária pode ser desenhada para combater a desigualdade social?. Inicialmente, o trabalho demonstrará os desafios semânticos de definição do termo desigualdade e quais perspectivas podem ser adotadas. Ato contínuo, propõe diretrizes para o processo de formulação de políticas, a partir de uma concepção ampla da desigualdade, a qual inclui indicadores sociais e econômicos.

Palavras-chave: desigualdade; desigualdade de oportunidades; políticas tributárias.

Summary: Introduction. 1. Definition of inequality. 1.1. Inequality of opportunities and results. 1.2. Economic growth: the solution?. 1.3. Dimensions of inequality. 2. How inequality can be fought by tax policies and how to do it?. 2.1. Dimensions of inequality and tax tools. Conclusion.

INTRODUCTION

[1] Vivian J.S. Vieira Pinto is a former student of IDP/EDB, Master of International and European Tax Law by Maastricht University (LL.M.) and a Docent of Private Law at Maastricht University.

Inequality is a common feature of modern society. Recent reports show that income inequality has increased in most OECD countries, due to a lot of combined factors: changes in labor market and institutions, less progressive tax system, increased concentration of assets, globalization, among others. Moreover, due to the COVID-19 scenario, the economic impact of the pandemic is expected to worsen inequality.

Most nations struggle to address this issue which can negatively impact the quality of life of their citizens. Inequal societies can lead to the subversion of democratic governance since there is a huge gap of power between the wealthy and the poor. Wealth confers economic security, social and political influence among other benefits which are not being entirely subject to taxation. A society that accepts inequality and will not promote the redistribution of wealth accordingly will impede social mobility and the generation of new economic opportunities. It is worth mentioning that inequality is an inevitable element of the economy, but excessive wealth inequality should be fought considering its harmful consequences. Therefore, states are required to be creative to tackle such harmful issue, that can even impede economic growth.

Tax systems can be designed to also address inequality. Some of the redistributive taxes are already commonly known such as: wealth taxation, corporate taxation, individual income tax, inheritance/ gift taxes. Other tax policies such as VAT exemption, tax payment deferral, profit allocation based on scarcity value, tax incentives for charitable giving, robot taxation via neutral taxes, taxes on immovable property, digital taxation, fight of tax fraud, evasion and avoidance, environmental taxation, can also be used as tools to address inequality. A tailor-made designed tax policy could be a possible solution for many states which are aiming to address inequality via the tax system.

This work intends to answer to the main research question: how can a tax policy be designed to combat inequality? Beforehand, this is a complex question without a clear-cut answer, but, instead, many possible choices will arise for states. The definition of inequality plays an important role in this research question and will be addressed on the following paragraphs. This research does not intend to answer the question of whether inequality should be fought via tax policies since this is a political choice to be made by states. Despite that, it intends to investigate and provide support for those policymakers who decided to use tax tools as mechanisms for such goals.

This research problem was investigated under an exploratory approach, as there is not much research available regarding the design of tax policies connected to a broad aspect of inequality. As it will be explained below, most of the literature is focused on inequality of results (wealth and income, only).

The research question is a philosophical-legal type of question, which aims to answer philosophical questions about the law. In addition, the research question is also a design question, aimed at making or designing something a specific issue. The objective of such question is to provide a set of instructions, detailed recommendations or instruments for the selected field (inequality) (CURRY-SUMNER et al., 2010).

The methodology selected for this research is the doctrinal method. Such method was chosen as doctrinal research is the research into law and legal concepts, via literature review (HUTCHINSON; DUNCAN, 1992). This topic was chosen considering that, in order to answer the question of how to design a tax policy to address inequality and its sub questions, an extensive study of literature and academic documents of relevant sources was required. Therefore, as stated, the literature review is based on legal academic texts, academic literature from other disciplines and international sources, such as OECD's reports.

Firstly, the following paragraphs will present a discussion of the definition of inequality and will clarify what is the approach adopted in this work. Following, it presents varied dimensions of inequality and how they are interrelated to each other. The next part of this research explains how tax policies can be designed to tackle inequality. For last, this work concludes that the adoption of a broad concept of inequality can effectively support policy makers in achieving their goals and presents how this broad concept can be implemented in the policy design. In addition, this research mentions topics that should be considered additionally in the design process, based on literature review.

1. DEFINITION OF INEQUALITY

Inequality is a complex social phenomenon, and its definition is equally challenging. As it will be clarified in the subsequent topics, inequality of income or wealth is usually analyzed in a narrow perspective (considering only the results), which can influence policymaking. This research intends to propose guidelines that could be adopted by states that are willing to address inequality via the tax system. Initially, this study will provide an overview of the issues regarding the definition of inequality and why adopting a broad perspective would be beneficial for the tax policy design.

Inequality should not be mistaken for poverty. Poverty is considered an absolute measure (whether someone is above or below the poverty line), while inequality relies on a greyish area and comparability tools. They are separate concepts, although are intrinsically

connected since poverty can affect inequality and vice-versa. Nonetheless, a policy that exclusively focuses on poverty would not be able to address the issue of inequality effectively.

To address inequality, it is necessary to recognize that a lot of factors are intrinsically connected and cooperate among themselves for a vicious circle of perpetuation. Factors such as family background, education, health, environmental quality, housing, gender, and race are mostly not directly considered if tax policies are focusing on the mere redistribution of income. As those factors are intimately related to wealth or household income, special attention should be paid to them.

This research does not aim at digging into the concepts of social inequality and the theoretical remarks behind it. Therefore, discussions such as structured social inequality, one-dimensional inequality, stratification based on class, status and power go out of the scope of this work and would require a purely sociological debate (KRECKEL, 1976). On the following subchapter this work will clarify why the adoption of a broad definition of economic inequality (wealth and income), based on the combination of the inequality of results and opportunities should be adopted by policy makers.

1.1. Inequality of opportunities and results

A better understanding of economic inequality demands a deeper glance into the concepts of inequality of opportunity and inequality of results (ATKINSON, 2015). This differentiation is conceptually applied to economic inequality and considers an ex post view (inequality of results or outcomes) and an ex ante view (inequality of opportunities) of economic distribution (BOURGUIGNON, 2018). Economic inequality focuses on the economic aspect of inequality, mainly: income, wealth, and payment from employment.

Inequality of opportunity is the inequality that results from the differences that are already pre-existent in the availability of opportunity[2]. According to Atkinson, "Inequality of opportunity is essentially an ex ante concept—everyone should have an equal starting point—whereas much redistributional activity is concerned with the ex post outcomes" (ATKINSON, 2015). Thus, this ex ante view will analyze different circumstances that were inherited by

[2] The author mentions that a marathon metaphor can be used to explain the concept of ex post and ex ante inequality. When redistributing inequality of a marathon, a pure analysis of the runner's results would lead to a redistribution of their finishing times, regardless of who had the least distance to cover. However, if one is analyzing the ex ante situation, the distance that competitors had to run to reach the finish line should be considered for redistribution.

individuals and which will affect their economic and social achievements (BOURGUIGNON, 2018).

To address only the result of a complex social phenomenon is to ignore the roots of what contributes to the inequality in a certain community. Therefore, the outcomes of policies that aim to combat inequality will present low impact if based exclusively on a superficial analysis. It is comparable to dealing with symptoms instead of the real cause of a patient's condition.

Inequality of results is the outcome of a choice that was previously made, including the individualized decisions made by each person (ZOLT, 2013). It is limited to analyzing the outcomes, such as less or more income and wealth in households.

In addition, although they are different concepts, inequality of results and inequality of opportunities seem to be intrinsically connected in a vicious circle of perpetuated inequality, as mentioned in the previous paragraph. Poor opportunities will generally lead to poor results, which might not be dealt with effectively by the state's policies.

It can be challenging to differentiate results from opportunities. Dealing with the identification of inequality of opportunities brings three main challenges: some circumstances are not observable; there is ambiguity between circumstances and personal choices (such as personal choices are influenced by inherited circumstances) and opportunities and outcomes are often intrinsically related, in a vicious circle (BOURGUIGNON, 2018).

However, it is worth mentioning that, although much attention is brought to the measurement of inequality of results (such as Gini Coefficient, among other economic instruments), less is being done about inequality of opportunities.

Nonetheless, this does not lead to the conclusion that ex ante inequality is not measurable, since there are some observable dimensions of it[3]. Therefore, verifiable factors such as inequality of earnings among gender, race, migrants and other personal characteristics combined with an analysis of individual circumstances (as access to health, education, intergenerational consequences, among others) could lead to an identification and measurement of inequality of opportunities. As stated by Bourguignon, "The best that can be done is to monitor the observed dimensions of inequality of opportunity, or equivalently some

[3] Bourguignon mentions that education or income of the parents, race, migration status, family characteristics, region of birth, and characteristics of the labour market could serve as guidelines to identify the distribution of income. As stated by the author,"It matters for policy to know whether this role has increased or not, or that more inequality in the income of the present generation is likely to generate more inequality in future generations"

determinants of inequality of outcomes that can be considered not to be the result of individual decisions or economic behaviours"[4] (BOURGUIGNON, 2018).

To conclude, inequality of results and opportunities are intrinsically connected, although different in essence. This research does not intend to present solutions on how to measure inequality of opportunity. However, it intends to illustrate that this broad perspective (opportunities and results) would enrich the policy designed.

Therefore, under a tax policy design perspective, it should be of extreme importance that a broad definition of inequality is taken into consideration when formulating a policy, by analyzing observable factors such as the ones mentioned in this chapter. To summarize, this broad definition must include not only the ex post perspective, or inequality of results, but also an ex ante perspective, also known as inequality of opportunities. The inequality of results is measured via economic outcomes, such as wealth and income, while the inequality of opportunities uses social indicators to identify equal access to opportunities.

1.2. Economic growth: the solution?

A question must be asked when addressing inequality: what is the role played by economic growth and is economic growth the answer to deal with inequality?

Economic growth was considered as the most important policy objective by most countries, irrespective of their stage of development. This objective is erroneously based on the general belief that economic growth will automatically generate the outcome of well-being to its citizens. The OECD clarifies that economic growth is not itself alone the most important issue, but how countries grow and whether this growth can be translated into benefits for its own citizens (OECD, 2015a).

Rapid and economic growth does not necessarily indicate that inequality will be dealt with. Within the OECD and emerging countries, the distribution of income follows the tendency of becoming more unequal (OECD, 2015b). In reality, despite the economic growth, not all members of society will enjoy this improvement in the same way.

Thus, to summarize, economic growth is not directly translated into reduced inequality and better living conditions for all its citizens, as it might benefit some to detriment of other individuals. Therefore, economic growth is not the only answer to a general question of how to address inequality, although it does play a role in it. For last, although a level of inequality is

[4] The same author defends that measuring inequality of economic outcomes arising from the parental background and its share in total inequality of outcome, along with surveys (such as PISA and analogous) and gender inequality in earnings are basic statistics that should be adopted and harmonized across countries.

expected within a determined community, harmful levels of inequality, which impedes social mobility and economic growth, shall be immediately addressed.

1.3. Dimensions of inequality

The perspective of the inequality of opportunities should broaden the scope of inequality for a policy designer. The following paragraphs will demonstrate the intrinsic connection between inequality and several social and economic aspects. Those topics could serve as indicators for an assessment/diagnosis of inequality of opportunities in a given community, while also serving as parameters to be observed in a feedback mechanism of the tax policy. Income is one of the many dimensions of inequality. Such inequality has widened in most OECD countries, over the last years. Also, the rising of inequality of income is accompanied by the rising of poverty in most OECD countries (OECD, 2015a).

Varied factors will influence the inequality of income and should be taken into consideration. It is known that immigrants and foreign-born workers could be at disadvantage in the labor market. As mentioned by the OECD, "Immigrants and foreign-born workers are systematically at a disadvantage in the labour market. In several OECD countries, foreign-born workers have lower employment rates than native workers" (OECD, 2015a). If those workers are in a vulnerable position, they may fall into the informal sector, leading to loss of the protection of the state (such as social benefits and unemployment coverage, among others). This could also affect the state's revenue due to the taxation of employment. According to the OECD, disparities in job quality are increasing since non-standard employment is widespread (OECD, 2015a).

Thus, income inequality should be observed by policy designers, while taking into consideration several perspectives: the divergence of income relating to reasons of gender, nationality, race, among other factors, to those who perform the same activities; the poor social protection conferred to workers; the vulnerable workers who hold on to a job to escape poverty and informal labor.

Education should always be considered as an inequality indicator if a policy is aiming to address such issues. The unequal access to education or an unequal education offered to the population can certainly promote inequality, especially under the inequality of opportunity perspective. It becomes a concerning issue in developing countries in which children from disadvantaged backgrounds need to face financial constraints that creates a barrier to their

participation in school life. This is often accompanied by poor conditions related to habitation, infrastructure, transport, sanitation, among others (OECD, 2015a).

The access to education and the level of education provided by the state could serve as an important indicator of inequality. School dropouts by children can reflect inadequate infrastructure, absence of basic sanitation conditions, bad quality of education, difficulties in traveling to school (such as children in rural areas attending classes in urban areas), financial impediments, and the lack of professional staff, such as teachers and educators. Some of these factors are intimately related to geographical or living inequality. In Latin America, factors such as the wealth and dwelling of the students contribute to the persistence of the disparities in access to education. However, even OECD countries that delivered the expansion of educational opportunities did not necessarily deliver higher educational outcomes and better skills. Therefore, the expansion of educational opportunities would not, exclusively, characterize as a good parameter itself for identifying inequality (OECD, 2015a).

Moreover, the adult's socio-economic background is important for their literacy. Therefore, the parent's level of education (strongly influenced also by a social background) will influence the literacy of their children (OECD, 2013). To summarize, it is noticeably clear that the socio-economic background of students can influence their education, which might result in the perpetuation of inequality due to a lack of opportunities. For that reason, education levels and quality of education shall serve as indicators to tax policymakers in drafting measures against inequality.

Health is an important factor intrinsically related to inequality. Poor living and working conditions along with nutrition deficiency can lead to health issues. Also, poor households have limited access to health services and preventive medicine. Improving the overall health of the population helps to contribute to communal well-being, as well as improving life expectancy. If inequality shall be investigated and addressed by public policies, equity in health care must be analyzed. Although some countries do offer health coverage to all its citizens or those in the territory of the state (such as the universal coverage provided by Sistema Único de Saúde – SUS, in Brazil), health equity is still far from being reached. Low-income individuals face additional barriers to health services, such as: financial costs, not being able to reach doctors, deficient health service, among others (OECD, 2015a). As it can be seen, income inequality and health are intimately related since factors from the former are constantly affecting the latter. In the same way, there is a strong link between the labor market, health, income, and education. For this reason, health indicators shall be considered for the diagnosis of inequality.

Poor environmental conditions are deeply related to inequality in a vicious cycle. Situations such as lack of adequate sanitation, absence of drinkable water, indoor pollution from inadequate ventilation, exposure to solid fuels, among others, can be considered as poor environmental conditions and are intrinsically related to other factors such as education and health (TULCHINSKY; VARAVIKOVA, 2014). The environmental burden of disease (EBD) is a measure used to identify an environmental burden of a society. This measure is important, as the EBD does not equally affect individuals in the same state. It is known that the EBD strongly affects the poor, young, and old populations within a community. This event is not restricted to developing countries, as advanced economies also face the burden of EBD strongly affecting low-income families (OECD, 2015a). To summarize, environmental conditions can also serve as a parameter of identification and analysis of inequality in a given community, especially because the burden of EBD affects more low-income families, in comparison to other families.

Analyzing inequality from a broad perspective also demands a geographical analysis of housing, since wealth and poverty are concentrated spatially. Income inequality tends to be concentrated within urban areas. Another important aspect is to analyze the size of the city, as big cities tend to be more unequal than small ones (OECD, 2015a). Spatial inequality can be defined as a disparity in well-being due to discrepancies in social and economic factors across geography (FAGUET; SHAMI, 2010). Intra-community migration or rural mobility should also be analyzed, as rural communities tend to seek work in the urban area. This can lead to challenges when jobseekers remain unemployed and cannot afford the living conditions of a large city. According to the OECD Report, the urbanization of poverty is a serious issue for most OECD countries (OECD, 2015a).

Moreover, inter-regional inequalities are also related to unequal access to employment and inequality in education. As stated by OECD Report, although there was a creation of employment in the OECD economies, those jobs were **restricted to specific regions**. According to the report, between 1999 and 2012, 40% of an overall employment creation was restricted to 10% of the state's regions. Therefore, this demonstrates that access to employment can lead to domestic inequality, via differences between distinct regions. If employment is concentrated in specific areas, so will unemployment, resulting in a concentration of unemployment in large cities. Education also seems to be spatially concentrated. According to OECD's Report, an analysis of 2012 showed that 25% of the population of OECD's states only had a basic education and tended to be concentrated in a particular place. Additionally, the location of the schools also plays an important role regarding the quality of the education provided. Not only that, but rural area residents might also face difficulties in access to health.

For those reasons, a geographical analysis is a fundamental step to comprehend inequality. Thus, a spatial analysis combined with other social indicators could serve as a parameter for diagnosing and analyzing inequality (OECD, 2015a).

To conclude, as mentioned, economic inequality can be analyzed under an ex ante and ex post perspective. The ex ante perspective will analyze social indicators that are related to inequality of opportunity. Thus, this perspective aims to identify what is the access of an individual to certain opportunities, in comparison with others. This type of perspective demands a broad analysis of local inequality, which includes several dimensions. Income, education, health, environmental inequality, housing or geographical inequality and access to employment are some of the dimensions mentioned by the literature as significant parameters for the study of inequality. Therefore, this research proposes the adoption of this broad perspective, along with the use of social indicators related to such dimensions, in order to support policy makers in tax policy design. The next chapter will illustrate how such dimensions can be addressed in tax policies.

2. HOW INEQUALITY CAN BE FOUGHT BY TAX POLICIES AND HOW TO DO IT?

Inequality can subvert democratic governance, stifle economic opportunities and mobility while weakening the economy. Benefits conferred by wealth include economic security, social and political influence, and additional economic opportunities. All those benefits are not being considered in the tax base of such taxpayers. Harmful inequality can be defined as the one that impedes economic mobility, which contributes to the perpetuation of intergenerational inequality (GLOGOWER, 2018). Moreover, it will also impede efficiency and economic growth. For those reasons stated, it is desired that inequality is fought in the context of a community, and tax policies can be a tool for such.

Inequality can be fought by several actions. Mestrum et al. mention that inequality can be reduced by giving the chance of poor people to raise their income level, in comparison with the middle or wealthy class. A second way of addressing the issue is to curb the income of the wealthy, which leads to economic redistribution. Taxation, by itself, may not be sufficient to revert social inequality, but it does play a significant role in the equation. Besides the redistributive aspect of tax policies, they are crucial for generating income that will finance public services such as health and education, among other benefits that will favor low-income

households. In addition, taxation is an important tool for good governance and democratization (KOHONEN; MESTRUM, 2009).

This research does not intend to answer the question of whether inequality should be fought via tax policies and what is the best tools to address such issue, since this is a political choice to be made by states and its population. In addition, the question of how much inequality one is prepared to accept is a political question based on a collective decision. Despite that, this research intends to investigate and provide support for those policymakers who decided to use tax tools as mechanisms for such goals by providing an overview of how dimensions of inequality are related to tax tools. As mentioned by Keeley, “few areas of policy pose quite so many challenges as the design of tax and transfers systems” (KEELEY, 2015).

As an example of effective diagnose of inequality and use of tax tools, the OECD Territorial Review on Gauteng City-Region serves rightly the purpose. Tax tools were mentioned as effective means to support the land management of Gauteng, which is pointed to as one of the causes of inequality. As mentioned in the report, “To make land management more effective and to increase densification, authorities in Gauteng could consider adopting new fiscal tools." (OECD, 2011). Tax tools such as: the split-rate property tax placing higher taxes on land than on built structures; , reduced tax of land-intensive development, such as apartments (vertical occupation)[5]; use-value tax assessment in peri-urban areas; location efficient mortgage (LEM)[6]; favorable taxes for multi-story houses compared to single-family house development; among others tools (OECD, 2011). As it can be seen, the report supports the argument that tax tools can play a significant role in combating inequality, especially when they are tailor-made based on a specific analysis of the social conditions of a community.

2.1.Dimensions of inequality and tax tools

The first dimension of inequality indicated in this research is income and wealth inequality. Personal income taxes are mentioned by some authors as the most important tax instrument to redistribute income, while also being a large source of tax revenue. Likewise, property taxes can be designed to target high-income households. Other taxes can also play a

[5] Reducing the tax rate of lands that are being intensively used (vertical development), in comparison to extensive use (horizontal development of the land), could promote revitalization and replacement of obsolete buildings in cities, when applied with effective regulatory mechanisms

[6] The location efficient mortgage could reward families living in walkable areas, by allowing a larger mortgage with a smaller downpayment. This is due to the fact that those families would save transport-related costs by living in a location-efficient place. This tool can help guiding efficient urban growth while also impacting the environment. By not using cars or public transport, water, and air pollution, along with greenhouses gases would be reduced.

role in redistribution, however, this role would be more indirectly linked. It is pointed that shifting the tax mix away from income towards value-added would be a regressive change, as personal income taxes are typically progressive. (AKGUN; COURNÈDE; FOURNIER, 2017)

Bequest/inheritance taxation and gift taxes are important factors regarding income and wealth inequality. Usually, they are conceived as a counterweight to undue concentration of wealth (JIANG, 2010). However, wealth taxation could lead to capital flows and difficulties in assessing wealth (BIRD, 1980). It might also not be the best choice for raising revenue for public policies, although it can play an important role in changing the dynamics of intergenerational transfers and equilibrium distribution of wealth (COWELL; GAER; HE, 2019). Regarding inheritance taxation, Jiang concludes that "estate tax, as a symbol of fairness, has a real, but ambiguous effect on inequality" (JIANG, 2010).

Also regarding wealth and income inequality, another tax measure that is discussed by authors is the tax treatment of top earners. Increases to top rates of tax and limitation of tax deduction and tax credits to such category could play a role in addressing inequality (KEELEY, 2015). In the same way, Akgun et al. mention that a lower tax wedge on upper-middle incomes has a negative link with equality, although it might present a positive economic outcome for the income of the rich (AKGUN; COURNÈDE; FOURNIER, 2017). Other authors[7] also defend a more progressive rate structure for personal income tax as an effective tool to address inequality, along with broadening the tax base (ATKINSON, 2015).

Atkinson proposes, among other measures, the introduction of Earned Income Discount limited to the first band of earnings to the personal income tax; taxation of inheritance and gifts inter vivos under a progressive lifetime capital receipt tax; a global tax regime for personal taxpayers based on their wealth and a minimum tax for corporations (ATKINSON, 2015).

Capital taxation is not a unanimous subject regarding progressive taxation. A study conducted by Adam et al. concludes that economies that are characterized by higher income inequality rely heavier on capital taxation while presenting less tax burden on labor. According to the authors, capital taxation affects economic performance and leads to lower growth rates, especially among the poor. For last, they conclude that a different redistribute policy could increase the income of the poorer without hurting the economic growth (ADAM; KAMMAS; LAPATINAS, 2015).

[7] Authors such as Thomas Piketty and Anthony Atkinson defend a more progressive tax structure system, by applying a more burdensome personal income tax rate to high-income individuals.

An econometric study conducted by Akgun et al. intended to investigate how the choice of taxes to fund government activities would influence redistribution and income, based on the analysis of disposable income. As main findings, it was concluded that taxes primarily influence redistribution by funding transfers which reduces inequality. Also, larger governments are considered able to better reduce inequality. Regarding specific taxes, more use of inheritance taxes was linked to equality of poor and rich, having a positive output result related to the GDP per capita and household disposable income. In addition, a lower tax wedge on lower-middle incomes had a positive effect on inequality, associated with progressivity and good outcomes in the long run. On the other hand, a lower tax wedge on upper-middle incomes will worsen inequality, although it does provide good economic output results. Moreover, a cut in taxes on net wealth was negatively related to equality, but it could have a positive economic output result regarding the income of the poor and the rich. A reduction in the effective CIT rate did not show a significant influence on the distribution of disposable income, although had positive outputs of GDP per capita and household disposable income, in the study. The same conclusion applies to property taxes (AKGUN; COURNÈDE; FOURNIER, 2017).

The research demonstrates an important fact: **the trade-off of inequality and economic growth can lead to a win-win situation when adequately combined. Therefore, it is possible to conclude that, to address the many dimensions of inequality, tax policymakers should always prefer tools of win-win situations, such as the ones previously described** (AKGUN; COURNÈDE; FOURNIER, 2017)**.**

Under an income or wealth inequality, it is known that low-income households tend to be disproportionately hit by consumption taxes since they tend to consume a bigger part of their income than wealthier households. As wealthy households tend to save more, this could lead to an increase in inequality. A suggestion to address such an issue is to limit consumption taxes on essentials, such as food (KEELEY, 2015). Akgun et al. mention that changes in VAT rates in a context where the government size is fixed does not significantly influence the distribution of income, however, it does affect the distribution of consumption and how certain income groups may be exposed to a change in consumption tax (AKGUN; COURNÈDE; FOURNIER, 2017).

Another dimension of inequality is housing/geographical or spatial inequality. As it was mentioned in previous chapters, wealth tends to be spatially concentrated. Useful tools to address such inequality were previously mentioned in the practical case of Gauteng. The split-rate property tax placing higher taxes on land than on built structures, to make underutilized lands costly to the owners could be a tool for stimulating development in certain areas.

Reducing the tax of land-intensive development, such as apartments (vertical occupation) could contribute to the revitalization and use of obsolete spaces. The use-value tax assessment in peri-urban areas, location efficient mortgage (LEM), and favorable taxes for multi-story houses compared to single-family house development, can also be used as tools by policymakers (OECD, 2011).

Another tax that can address inequality is property tax, not only under a spatial inequality perspective but also regarding other dimensions such as wealth and education. According to Atkinson, "there should be a proportional, or progressive, property tax based on up-to-date property assessments" (ATKINSON, 2015).

However, attention should be paid when designing the immovable property tax system, especially regarding the property assessment. A research analyzed the relationship between immovable property tax and inequality in Italy. It was concluded that the use of an outdated cadastral valuation system to determine the tax liability eroded the tax base and imposed a disproportionately high tax burden on the poor. The study concludes: "great potential for better use of the property tax by replacing cadastral valuation with a market valuation system, that addresses the gap between market and taxable values to improve progressivity". (CAMMERAAT; CRIVELLI, 2020)

Still, the analysis of the progressivity of property tax is not unanimous. As concluded by Akgun et al., taxes on an immovable property do not present a significant influence on income inequality, although they can be considered generally positive due to their economic growth effect (AKGUN; COURNÈDE; FOURNIER, 2017).

Another dimension of inequality is the environmental inequality that low-income individuals are subject to, also as a result of poor living conditions. To address environmental problems, taxes could play an important role by acting as effective instruments for the internalization of externalities. It could also promote behavior change in consumers and producers, raise revenue, and encourage innovation. This would result in a positive environmental outcome. There are three main types of environmental taxes: cost-covering charges, incentive taxes, and fiscal environmental taxes (EUROPEAN ENVIRONMENT AGENCY, 1996). Some of the environmental taxes that can be used are energy taxes, vehicle taxation (EUROPEAN COMMISSION, 2015), taxes on pollution, taxes on proxies to pollution, environmentally related reductions in VAT, tax measures to reduce the costs of green innovation, and ReD credits (OECD, 2010).

Nonetheless, this dimension of inequality is also intrinsically related to wealth and income inequality. A study conducted by W. Oueslati et al. explains that energy taxes **change**

the relative prices of goods which can affect inequality in income sources. **The study shows it is important to provide explicit revenue recycling mechanisms along with the implementation of energy taxes, to address income inequality concerns** (QUESLATI et al., 2017).

Akgun et al. also state that there are indications that environmental taxes can increase inequality as they can reduce middle-income earnings while favoring the top quintile. The authors state that:

> There are therefore signs that increases in environmental taxes, when not part of packages involving reductions in the tax burden of low-income households, may have negative effects for inequality. However, underprivileged households may benefit more than others from less pollution, as they tend to be more exposed to pollution than higher-income households, especially in urban areas. (AKGUN; COURNÈDE; FOURNIER, 2017).

The same is indicated by Fremstad et al. which concluded that "a carbon tax would cost poor households a higher percentage of their expenditures (or incomes) than the rich, making it a regressive tax" (AKGUN; COURNÈDE; FOURNIER, 2017).

Therefore, if environmental inequality is being addressed via environmental taxes to promote better environmental conditions, tax policymakers should also implement a revenue recycle mechanism. If environmental taxes are implemented without such mechanism, those taxes could have a positive outcome for environmental inequality, while burdening income and wealth inequality. **Again, the overall view of the tax policy and choices of win-win tax tools must take place to address inequality in its varied dimensions**.

Non-cash transfers, such as spending on education and health care play a significant role in inequality policies (KEELEY, 2015). To address inequality in education, access to a good, reliable source of education needs to be available for any individual of a local community. For such a purpose, funding is extremely necessary and tax tools could serve such purpose. Earmarked taxes can support the funding process for public education. Such taxes are specifically assigned to the particular objective of education. As an example, there is the Ghana Education Trust Fund, funded by a part of the VAT collection. In Brazil, the Brazilian Fund for Maintenance and Development of Basic Education is partially financed by VAT revenues. In Nigeria, the Nigeria Tertiary Education Trust Fund is financed by 2% of the national companies' assessable profits (RON BALSERA; KLEES; ARCHER, 2018).

In addition, some tax measures can be related to the costs of private education: the deduction of the costs of private education, crediting education costs against the student tax liability, exemption of scholarships from personal income taxes, income-contingent loans, and

exemption of student income from personal income taxes and social security contributions (OECD, 2017). Those measures are usually applicable to tertiary education. Nonetheless, the progressivity of the tax tool shall be analyzed in a broad context, to avoid instruments that would increase inequality. As an example, the US provides tax credits that are partially refundable but poorer households tend not to have sufficient tax liability to benefit from such credits. Such benefits are being mostly enjoyed by middle-income households. An approach to address such an issue is to allow credits to be carried forward to future years (OECD, 2017).

Family life plays an important role in education. If one is aiming at reducing inequality, guaranteeing good support from the family to school-age kids is an important measure. An early study demonstrated that low-income parents are more likely to lack the paid leave and flexibility that is needed to support children with poor academic results or behavioral problems, in comparison to middle and upper-income parents. It was demonstrated that low-income parents have no paid leave or flexibility at work to attend to their children's needs, in comparison with middle and upper-income parents. Tax incentives are mentioned as a possible tool to solve such issues, as it would encourage companies to provide more paid leave and flexibility for the mentioned parents (HEYMANN; EARLE, 2000).

It is relevant that such tax measures related to education are being correctly understood by the students and taxpayers as such policies can be complex and of difficult comprehension (OECD, 2017). Therefore, OECD mentions that the simplicity of tax and other forms of support will ensure the effectiveness and the equity of the policy.

Other factors should also be considered. As stated by OECD, school dropouts by children can reflect inadequate infrastructure, absence of basic sanitation conditions, difficulties in traveling to school (such as children in rural areas attending classes in urban areas), and financial impediments. Regarding living conditions and geographical inequality, such topics will be discussed ahead. Non-cash transfers could support students and their families in dealing with financial impediments. Moreover, tax exemption of school supplies and tax benefits related to transport could be helpful in the described scenario.

As mentioned previously in this work, there is no clear-cut one policy design that fits them all. Thus, there is no unique best set of taxes to tackle educational inequality. As mentioned by the OECD, "the ways in which tax and skills policies and indeed financial support for skills in general should be designed depends on the goals of the policy maker with respect to skills outcomes in a given country" (OECD, 2017).

Inequality of health is another dimension mentioned in the broad aspect of inequality. In order to address such issues, funding is necessary to guarantee the availability of a good,

reliable, public health service to low-income citizens. Universal health coverage is mentioned by the OECD as an instrument to combat inequality. According to the report "equity in health care access supposes that people in equal need of healthcare should be treated equally regardless of their income, race, place of residence, occupation or educational level. The ideal is universal health coverage (UHC)" (OECD, 2017).

In addition, easy access to private health care and health-related products can also contribute to tackling inequality.

The Brazilian universal public health (SUS) is an example of how tax tools can play a role in promoting health. Its system is funded by tax revenues and contributions from states and municipalities. The system guarantees free access to health to all individuals, including undocumented ones and there is no cost-sharing. A small percentage of Brazilians also adopt private health insurance to bypass possible system constraints. Costs related to private health and health-related products are qualifiable for tax deductions (TIKKANEN et al., 2020). SUS is pointed to as an essential health policy in Brazil, that primarily benefits the poorest individual, and that can impact children's health and bring benefits later on the adult stage (ARISTIDES DOS SANTOS et al., 2019). However, some factors such as austerity policies, economic crisis, and long-term freeze on public expenditures threaten SUS. This only reassures that such measures related to inequality must be analyzed under a broad, interdisciplinary perspective and that good administration and smart application of resources are fundamental for a successful policy (MASSUDA et al., 2018).

How tax revenues are sourced also matters for the tax policy. Some authors indicate that progressive tax revenues from profits, capital, and income are more effective in generating public funds for health than consumption taxes (REEVES et al., 2015).

Other factors such as the waiting time for health care might influence the service that is being provided. For such a scenario, subsidy to patients seeking private care has been widely used in many OECD countries to reduce the demand for public care and thus reduce the long waiting time in the public health system (QIAN; ZHUANG, 2017).

The Dutch health system is financed by public and private funds, through tax revenues and government grants, along with statutory health insurance from private insurers. Premiums, paid by adult users, are annually deductible. Regarding disparities in health care,

> socioeconomic health disparities are considerable in the Netherlands, with up to seven years' difference in life expectancy between the highest and lowest socioeconomic groups. Smoking is still a leading cause of death. Although health disparities are monitored by the National Institute for Public Health and the Environment (part of

> the Ministry of Health), the government does not have specific policies to overcome them. (TIKKANEN, 2020).

As a result, the Dutch government started covering weight loss advice and smoking cessation programs in the statutory benefit packages. Related to smoking and tobacco tax, some authors point that it is possible and desirable to analyze the distributional effect of such. A study conducted in China concluded that "despite potentially imposing a tax burden on low-income groups, tobacco taxation can bring substantial health benefits to poor people and can significantly reduce out-of-pocket expenditures for the poorest populations (…) (VERGUET et al., 2015). Again, a broad analysis of the role of a specific tax within the policy is needed to conclude its impact on inequality.

To summarize, in this chapter, several tax tools were mentioned as instruments to tackle various dimensions of inequality. As tax systems are the result of a political process, there is no unique answer on how to tackle inequality via tax policies. Communities shall choose tools which are compatible with their own goals and the level of inequality which is considered acceptable. However, whenever possible, policymakers shall opt for win-win tools, which focuses on economic growth and the combat of inequality.

Additional factors to be considered in tax policy design

To address inequality via a tax policy, a diagnosis phase is required. According to the Human Development Report 2019, "tackling inequality starts with good measurement" (CONCEIÇÃO; UNITED NATIONS DEVELOPMENT PROGRAMME, [s.d.]). In this step, an effort shall be made for measuring economic inequality and its correlation to social factors of a given community. Some tools for measurement are already known such as the Atkinson Index (measures social welfare function), Gini coefficient, Theil Index, Robin Hood Index, and Relative Mean Deviation (UNITED NATIONS, 2015). Indicators such as the Human Development Indication (HDI) are also an important tool that focuses on the development of a country and not exclusively on its economic growth and economic standards. Therefore, aspects such as life expectancy, education, and a decent standard of living form the HDI index and provide a better understanding of a given community (UNITED NATIONS DEVELOPMENT PROGRAMME, 2020).

However, such mentioned indicators will serve the purpose of providing a global analysis of inequality of a certain state, in comparison with others. Local indicators related to the dimensions of inequality should be adopted by tax policy designers in order to assess the current situation of a given community. Such combined analysis of social indicators aligned

with economic ones could broaden the perspective of a tax policy designer, by providing a correct diagnose and giving parameters for a feedback mechanism. It also supports having a better understanding of the phenomenon of inequality, considering that some data might be flawed or not transparent. By combining different forms and indicators, including a profound domestic analysis (comparability of household surveys, administrative data, income tax data, data on earnings and wealth), more solid results could be found.

In addition, the urge for better, reliable data, capable to analyze various forms of inequality is of extreme urgency. Atkinson mentions that one shall be confident regarding the quality of data that is being used to measure inequality and that such data shall be scrutinized to avoid premature conclusions. Some sources of evidence that are mentioned are: comparability of household surveys in conjunction with administrative data, income tax data, data on earnings (when dully checked what is considered in the definition of "earnings), and data on wealth. The author also emphasizes the importance of analyzing broad data over the years, instead of being restricted only to contemporary terms (Atkinson, 2015).

Comprehensive databases that will analyze other factors beyond the inequality of income are concluded to be essential for the design of an effective tax policy, under the proposed approach of this research. To adopt a broad definition of inequality, measures related to welfare shall be considered, such as education, health, poverty, among others.

The necessity of considering multiple factors (interdisciplinary approach) is also to be considered when designing tax policies. This can be defined not only by the need of considering a broad definition of inequality, which is connected to varied social indicators, but also by the need of considering the overall effect of the tax policy, and which tax tools are a better fit to the tailor-made policy (KEELEY, 2015). It is important to consider intersectional areas such as inequality, economic mobility, and poverty, along with the constraints on policy and possible undesired effects (ZOLT, 2013). Thus, tax policymakers should consider the policy in its overall effects, since measures that could be considered regressive (such as high consumption rates) could be offset by other benefits, such as income-related benefits. Even if indirect taxes are ought to be regressive, when analyzed in an isolated scenario, they can be offset by other public policy measures. Some actions such as reducing social spending via the tax system, increasing capital income tax (ZOLT, 2013), and mixing and adopting new tax instruments such as digital taxation, might be desired for achieving the purpose. In addition, some authors mention the adoption of financial taxes (COSSART, 2009), wealth taxation (BIRD, 1980), robot/automation taxation (ABBOT; BOGENSCHNEIDER, 2018) and transfer pricing policies (COOPER et al., [s.d.]).

Every policy should be custom-made to its social context, considering the varied factors that can cause inequality. This analysis is required since tax tools also present advantages and disadvantages. A multidimensional or interdisciplinary approach is also the recommendation of the United Nations to fight the inequality crisis generated by COVID-19. Since the pandemic affects interconnected dimensions such as health, economy, and other social aspects, a systemic approach was considered essential. Not only that, once again the UNDP proposed that a response should be looked through an equity lens (TAPIA et al., [s.d.]).

Moreover, public support can influence the effectiveness of the policy. A research conducted by Franko, Tolbert, and Witko analyzed the public reaction regarding a redistributive tax proposal in the United States, by increasing taxation on wealth. It is known that preference or tolerance for inequality is possibly influenced by the economic well-being of the lower-income or no-income part of the population (ZOLT, 2013). Society has difficulties in linking their own economic self-interest and broad concerns regarding inequality to a factual and congruent tax policy proposed. Thus, if a tax policy is structured simply and transparently while being able to translate broad attitudes towards inequality into specific and concrete actions, citizens will be able to make informed decisions, in line with their own interests.

For last, a policy that was carefully designed should be applied in accordance. Revenue that is raised to subsidize social programmes should be subject to a good administration. Questions such as how to apply the revenue to translate it into social benefits and what benefits do the state aims to provide are of fundamental significance. Great administrators are required to smartly apply the resources efficiently and effectively. Another issue that might interfere is corruption and the lack of administrative capacity. Good tax administration is necessary and impacts considerably the tax policy effectiveness. By applying available technologies, states could identify potential missing revenues, facilitate the exchange of information to have a more effective system. New IT systems could identify missing revenues and collaborate to the exchange of information among tax authorities (CARTER; MATTHEWS, 2012). The efficiency of a tax policy also relies on the effectiveness of government programs that promotes redistribution (ZOLT, 2013).

CONCLUSION

This work intended to answer to the main research question of how can a tax policy be designed to combat social inequality. In order to answer such research problem, the doctrinal

method was selected, and relevant information was gathered via literature review. The literature included relevant reports from the OECD and UNDP, as well as legal academic texts and interdisciplinary academic texts. The research question is a design-type of question, which shall be answered via a proposal of instructions, recommendations and instruments for the selected field (inequality).

Firstly, inequality shall be addressed under a comprehensive approach. The focus exclusively on the inequality of wealth or income could narrow the perspective of a policy against inequality, as it does not address other dimensions important dimensions, such as health, education, and living conditions.

Therefore, this research proposes the adoption of a broad definition of inequality, based on the combined ex ante and ex post perspective of economic inequality, also known as inequality of results and opportunities. This type of perspective demands a broad analysis of local inequality, which includes several dimensions. Income, education, health, environmental inequality, housing or geographical inequality and access to employment are some of the dimensions mentioned by the literature as significant parameters for the study of inequality. Thus, this research proposes the adoption of this broad perspective, along with the use of local social and economic indicators related to such dimensions, in order to support policy makers in tax policy design.

In addition, a simplistic approach, merely based on the analysis of the outcomes (wealth or income), is insufficient to effectively tackle inequality. As it was demonstrated, several factors (health, education, housing, ecc) are intrinsically related to each other, resulting in an unequal outcome. If such factors are not addressed, the vicious circle of inequality of opportunity will remain and tax policy based exclusively on economic outcomes will not reach its goal.

Moreover, such a complex phenomenon requires tailor-made designed policies to attend to the needs of a given community. For that reason, a good diagnosis, based on social and economic indicators must take place. Local indicators related to the dimensions of inequality (income and wealth, education, health, housing and environmental inequality) could help the tax policy designer in properly diagnosing the situation and proposing effective measures. Tax policy designers shall also be confident regarding the quality of data that is being used to measure inequality and that such data shall be scrutinized to avoid premature conclusions. Some sources of evidence that are mentioned are: comparability of household surveys in conjunction with administrative data, income tax data, data on earnings (when dully checked what is considered in the definition of “earnings), and data on wealth. A broad data analysis over the

years of local levels of inequality could help policy designers in assessing the efficiency of the policy, instead of being restricted only to contemporary terms.

Another important aspect that should be observed is whether the state has fiscal self-determination to draw and implement its own fiscal policy. Choices regarding tax policies (revenues and expenditures) can be constrained not only by tax competition but also by political factors. This could act as an external interference on the policy design and might impede the policy designer to achieve its desired goal.

If tax policy is structured simply and transparently while being able to translate broad attitudes towards inequality into specific and concrete actions, citizens will be able to make informed decisions, in line with their own interests. Based on the relevant literature, if the costs and benefits of the designed policy are clearly showed to its citizens, it could increase public support, which can enhance the efficiency of the policy against inequality.

A policy that was carefully designed should be applied in accordance, which is why good administration is an important factor to be considered. Great administrators are required to smartly apply the resources efficiently and effectively. Factors such as corruption and the lack of administrative capacity can affect the policy and shall be addressed accordingly. In addition, by investing in new systems and applying available technologies, states could identify potential missing revenues, facilitate the exchange of information to have a more effective system.

Moreover, in order to address inequality, a policy designer shall also focus on generating revenue. For such a reason, tackling tax avoidance and evasion could play an important role. Additionally, some authors propose a minimum tax for corporations and a global tax regime for personal taxpayers. Although tax increases may be necessary to raise revenue for financing public services, there is literature concluding a most growth-friendly approach is to reduce tax-induced distortions, by closing loopholes, as well as raising revenue from property tax and environmental tax.

For last, tax designers shall apply specific tax tools in order to achieve a desired goal. Personal income taxes are mentioned by some authors as the most important tax instrument to redistribute income, while also being a large source of tax revenue. Likewise, property taxes can be designed to target high-income households. Bequest/inheritance taxation and gift taxes could play a role in addressing wealth and income inequality. A change in the tax treatment of top earners is also mentioned by some authors to address inequality: increases to top rates of tax and limitation of tax deduction and tax credits could be useful tools. Some authors also

defend a highly progressive rate structure for personal income tax as an effective tool to address inequality, along with broadening the tax base.

However, the most important guideline might be the one reflected in an empirical research regarding inequality and tax tools: **the trade-off of inequality and economic growth can lead to a win-win situation when adequately combined**. Therefore, whenever possible, in order to address the many dimensions of inequality, tax **policymakers should always prefer tools which results in win-win situations** (economic growth and promotion of equality). One of the examples mentioned is a reduction of the marginal tax wedge at the lower end of the income distribution.

Regarding consumption tax, low-income households tend to be disproportionately hit by it since they tend to consume a bigger part of their income than wealthier households. A suggestion to address such an issue is to limit consumption taxes on essentials, such as food.

Housing/geographical or spatial inequality could be addressed via split-rate property, tax placing higher taxes on land than on built structures, to make underutilized lands costly to the owners. Reducing the tax of land-intensive development, such as apartments (vertical occupation) could contribute to the revitalization and use of obsolete spaces. The use-value tax assessment in peri-urban areas, location efficient mortgage (LEM), and favorable taxes for multi-story houses compared to single-family house development, can also be used as tools by policymakers to address spatial challenges.

Property tax should be, proportional, or progressive and based on up-to-date property assessments. Assessing the value of the property can be relevant to promote equality. A study demonstrated that replacing cadastral valuation with market valuation system could improve progressivity, in a given community.

To address environmental problems, taxes could play an important role by acting as effective instruments for the internalization of externalities, in addition to the generation of revenue. Nonetheless, energy taxes can change the relative prices of goods which can affect inequality in income sources. Thus, it is important to provide explicit revenue recycling mechanisms, to address income inequality concerns.

Inequality in education can be tackled by promoting access to a good, reliable source of education. Tax tools could play an important role for funding, via earmarked taxes. In addition, some tax measures can be related to the costs of private education: the deduction of the costs of private education, crediting education costs against the student tax liability, exemption of scholarships from personal income taxes, income-contingent loans, and exemption of student income from personal income taxes and social security contributions. Also, as family life plays

an important role in early education. Thus, tax incentives are mentioned in doctrine as a possible tool to encourage companies to provide more paid leave and flexibility for the mentioned parents. For last, tax exemption of school supplies and tax benefits related to transport could be helpful in tackling inequality.

Providing access to health is a special step to address health inequality. This can be coped via tools that provide funding for Universal Health coverage. In addition, costs related to private health and health-related products could be qualifiable for tax deduction.

As mentioned previously in this work, there is no clear-cut one policy design that fits them all to address inequality. Thus, there is no unique best set of taxes to tackle inequality. Inequality is a complex phenomenon that varies among communities. A good diagnosis of the varied dimensions of inequality is a fundamental starting point. The tax tools that shall be chosen will vary from state to state, as the tax system is also the result of a political and usually democratic process.

The necessity of considering multiple factors can be defined not only by the need of considering a broad definition of inequality, which is connected to varied social indicators, but also by the need of considering the overall effect of the tax policy, and which tax tools are a better fit to the tailor-made policy.

It is important to consider intersectional areas such as inequality, economic mobility, and poverty, along with the constraints on policy and possible undesired effects. As mentioned, measures that could be considered regressive (such as high consumption rates) could be offset by other benefits or measures, such as income-related benefits. Merely raising the personal income tax on high earners is a simplistic measure that will not necessarily combat inequality. On the contrary, it could lead to some behavioral responses such as the increase of tax avoidance. Thus, a tax policy that aims to combat inequality must take notice of intersectional interactions among various factors, which are peculiar to each community.

REFERENCES

ABBOT, R.; BOGENSCHNEIDER, B. Should Robots Pay Taxes? Tax Policy in the Age of Automation. **Harvard Law and Policy Review**, v. 12, 2018.

ADAM, A.; KAMMAS, P.; LAPATINAS, A. Income inequality and the tax structure: Evidence from developed and developing countries. **Journal of Comparative Economics**, v. 43, n. 1, p. 138–154, 1 fev. 2015.

AKGUN, O.; COURNÈDE, B.; FOURNIER, J.-M. The effects of the tax mix on inequality and growth. **OECD Economics Department Working Papers**, v. 1447, 2017.

ARISTIDES DOS SANTOS, A. M. et al. Income-related inequality and inequity in children's health care: A longitudinal analysis using data from Brazil. **Social Science and Medicine**, v. 224, p. 127–137, 1 mar. 2019.

ATKINSON, A. B. **Inequality: What Can Be Done?** Cambridge: Harvard University Press, 2015.

BIRD, R. M. Taxing Personal Wealth. **Canadion Taxation**, p. 35–38, 1980.

BOURGUIGNON, F. Inequality of opportunity. In: STIGLITZ, J. E.; FITOUSSI, J.-P.; DURAND, M. (Eds.). . **For Good Measure: Advancing Research on Well-being Metrics Beyond GDP**. Paris: OECD Publisher, 2018.

CAMMERAAT, E.; CRIVELLI, E. Justifiably unpopular? The Italian property tax and inequality. **Applied Economics Letters**, 2020.

CARTER, A.; MATTHEWS, S. How tax can reduce inequality. **OECD Observer**, v. Volume 2012, n. Issue 1-2, p. 53–54, 2012.

CONCEIÇÃO, P.; UNITED NATIONS DEVELOPMENT PROGRAMME. **Human development report 2019 : beyond income, beyond averages, beyond today: inequalities in human development in the 21st century**. [s.l: s.n.].

COOPER, J. et al. **Transfer Pricing and Developing Economies A Handbook for Policy Makers and Practitioners Public Sector Governance**. [s.l: s.n.].

COSSART, J. Global Taxes for Public Finance in the South. In: KOHONEN, M.; MESTRUM, F. (Eds.). . **Tax Justice: Putting Global Inequality on the Agenda**. London: Pluto Press, 2009.

COWELL, F. A.; GAER, D. V. DE.; HE, C. Inheritance Taxation: Redistribution and Predistribution. In: **Inequality, Taxation, and Intergenerational Transmission**. First edition ed. Bingley: Emerald Publishing Limited, 2019.

CURRY-SUMNER, I. et al. **Research Skills: Instructions for Lawyers**. 1. ed. [s.l.] Utrecht University School of Law, 2010.

EUROPEAN COMMISSION. Tax Reforms in EU Member States. **Working paper**, v. 58, p. 63–68, 2015.

EUROPEAN ENVIRONMENT AGENCY. **Environmental taxes: Implementation and environmental effectiveness**. [s.l: s.n.]. Disponível em: <http://www.eea.dk/>.

FAGUET, J.-P.; SHAMI, M. **Fiscal Policy and Spatial Inequality in Latin America and Beyond**. [s.l: s.n.].

GOVIND, S.; ZOLLES, S. The Anti-Tax Avoidance Directive. In: **Introduction to European Tax Law on Direct Taxation**. [s.l: s.n.].

HEYMANN, S. J.; EARLE, A. **Low-Income Parents: How Do Working Conditions Affect Their Opportunity to Help School-Age Children At Risk?American Educational Research Journal Winter**. [s.l: s.n.].

HUTCHINSON, T.; DUNCAN, N. Internal and External Method in the Study of Law. **University of Toronto Law Journal**, v. 333, p. 185, 1992.

JIANG, L. Estate tax and lifetime income inequality. **Economic Modelling**, p. 613–619, 2010.

KEELEY, B. **Income Inequality: The Gap between Rich and Poor**. Paris : [s.n.].

KOHONEN, M.; MESTRUM, F. **Tax Justice : Putting Global Inequality on the Agenda**. London: Pluto Press, 2009.

KRECKEL, R. **Dimensions of Social Inequality-Conceptual Analysis and Theory of Society**. [s.l: s.n.].

MASSUDA, A. et al. The Brazilian health system at crossroads: Progress, crisis and resilience. **BMJ Global Health**, v. 3, n. 4, 1 jul. 2018.

OECD. **Taxation, Innovation and the Environment**. [s.l.] OECD, 2010.

OECD. **OECD Territorial Reviews: The Gauteng City-Region, South Africa 2011**. [s.l.] OECD, 2011.

OECD. **OECD Skills Outlook 2013: First Results from the Survey of Adult Skills**. [s.l.] OECD, 2013.

OECD. **All on board: Making inclusive growth happen**. [s.l: s.n.]. Disponível em: <www.oecd.org/social/inequality.htm>.

OECD. **In It Together: Why Less Inequality Benefits All**. [s.l.] OECD, 2015b.

OECD. **OECD Tax Policy Studies: Taxation and Skills**. [s.l.] OECD, 2017.

OECD Territorial Reviews: The Gauteng City-Region, South Africa 2011. [s.l.] OECD, 2011.

QIAN, Q.; ZHUANG, W. Tax/subsidy and capacity decisions in a two-tier health system with welfare redistributive objective. **European Journal of Operational Research**, v. 260, n. 1, p. 140–151, 1 jul. 2017.

QUESLATI, W. et al. Energy taxes, reforms and income inequality: An empirical cross-country analysis. **International Economics**, v. 150, p. 80–95, 2017.

REEVES, A. et al. Financing universal health coverage - Effects of alternative tax structures on public health systems: Cross-national modelling in 89 low-income and middle-income countries. **The Lancet**, v. 386, n. 9990, p. 274–280, 18 jul. 2015.

RON BALSERA, M.; KLEES, S. J.; ARCHER, D. **Financing education: why should tax justice be part of the solution?Compare**Routledge, , 2 jan. 2018.

TAPIA, H. et al. **COVID-19 and Human Development: Assessing the Crisis, Envisioning the Recovery**. [s.l: s.n.].

TIKKANEN, R. **International Profiles of Health Care Systems 2020 Evidence-based ENT View project LSE-Lancet Commission on The Future of the NHS View project**. [s.l: s.n.]. Disponível em: <https://www.researchgate.net/publication/347011106>.

TIKKANEN, R. et al. **International Health Care System Profiles - Brazil**. Disponível em: <https://www.commonwealthfund.org/international-health-policy-center/countries/brazil>. Acesso em: 19 jul. 2021.

TING, A.; GRAY, S. J. The rise of the digital economy: Rethinking the taxation of multinational enterprises. **Journal of International Business Studies**, v. 50, n. 9, 25 dez. 2019.

TULCHINSKY, T. H.; VARAVIKOVA, E. A. Global Health. In: **The New Public Health**. [s.l.] Elsevier, 2014.

UNITED NATIONS. **Development Issues No. 2: Inequality Measurement**. [s.l: s.n.]. Disponível em: <http://hdr.undp.org/en/data.>.

UNITED NATIONS DEVELOPMENT PROGRAMME. **HUMAN DEVELOPMENT REPORT 2020 : the next frontier -human development and the anthropocene.** [s.l.] UNITED NATIONS, 2020.

VERGUET, S. et al. The consequences of tobacco tax on household health and finances in rich and poor smokers in China: An extended cost-effectiveness analysis. **The Lancet Global Health**, v. 3, n. 4, p. e206–e216, 1 abr. 2015.

ZOLT, E. M. **Inequality in America: Challenges for Tax and Spending Policies**. Chicago: [s.n.]. Disponível em: <https://heinonline.org/HOL/License>.