

DIREITO & NEGÓCIOS

DEZ 2024 | #02

2ª EDIÇÃO

ARTIGOS SOBRE
QUESTÕES JURÍDICAS
DEBATIDAS NO BRASIL
E NO MUNDO

FAAP



**FUNDAÇÃO
ARMANDO
ALVARES
PENTEADO**

Equipe Editorial

EDITOR-CHEFE

FERNANDO JOSÉ DA COSTA

GESTÃO EXECUTIVA

MAYARA FERRARI LONGUINI

Conselho Editorial Nacional

AMANDA ATHAYDE Universidade de Brasília

FELIPE CHIARELLO DE SOUZA PINTO Universidade Presbiteriana Mackenzie

FERNANDO CARDOZO FERNANDES REI Universidade Católica de Santos e
Centro Universitário Armando Alvarez Penteado

FERNANDO PASSOS Universidade de Araraquara

JULIANA DOMINGUES Universidade de São Paulo – Ribeirão Preto

MARCOS RENATO SCHAHIN Centro Universitário Armando Alvarez Penteado

UINIE CAMINHA Universidade de Fortaleza e Universidade Federal do Ceará

Conselho Editorial Internacional

GERMÁN MORALES FARAH York University – Toronto, Canadá

MARÍA JOSÉ BRAVO BOSCH Universidad De Virgo, Espanha

MARIA PILAR DOPAZO FRAGUIO Universidad Complutense de Madrid, Espanha

MARCEL TREVIÑO (MARCE TREVIÑO) Tecnológico de Monterrey, México

PAOLO CARBONE Universidad Degli Studi di Roma III, Itália

RICHARD PEÑA Pontificia Universidad Católica de Chile

Periodicidade da publicação: Semestral

Nome e endereço do autor corporativo: Fundação Armando Álvares Penteado.

Rua alagoas, 903 - Higienópolis. São Paulo/SP. CEP 01242-902.

FAAP

DIREITO &
NEGÓCIOS

Sumário

- 6** FUNDAMENTOS CONSTITUCIONAIS DA DEFESA DA CONCORRÊNCIA
INGLEZ DE SOUZA
- 19** A DISPUTA “EUA VS. CHINA” (2007-2010) EM DIREITOS DE PROPRIEDADE INTELECTUAL NO CONTEXTO DA OMC
VICTOR LUIZ PEREIRA DE ANDRADE & LUCIANA LOPES CANAVEZ
- 45** MEDIDAS RESTRITIVAS DO ART. 139 DO CPC FRENTE AO PODER GERAL DE CAUTELA DO JUIZ – RATIO DECIDENDI DA ADI 5941
CARLOS EDUARDO MENDES & DOUGLAS CAMARINHA GONZALES
- 66** SOCIEDADE DE RISCO E EMERGÊNCIA CLIMÁTICA: UMA BREVE INCURSÃO
FERNANDO REI, MARCOS RENATO SCHAHIN & MAYARA FERRARI LONGUINI
- 79** O TEIXEIRA DE FREITAS OCULTADO E ESQUECIDO: “CÓDIGO CIVIL, E CRIMINAL”
BERNARDO B. Q. MORAES
- 96** NACIONALIDADE BRASILEIRA E AS GARANTIAS TRAZIDAS PELA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 131/2023: REPERCUSSÕES APÓS O MS Nº 33.864 / STF
CARLOS ALBERTO DE CICCIO FERREIRA FILHO & ANA CLARA AQUINO DE SOUZA
- 112** EUROPEAN TAXONOMY AND SUSTAINABLE INVESTMENT
PAOLO L. CARBONE
-

PREZADAS

LEITORAS E LEITORES,

É com imensa satisfação que apresentamos a segunda edição da revista “**Direito e Negócios FAAP**”. Este projeto editorial reflete o comprometimento da nossa instituição com a produção e a disseminação de conhecimentos que dialogam com as transformações do Direito e sua interação com o mundo dos negócios e da sociedade.

Comemorar a continuidade deste projeto é celebrar a construção de um espaço de reflexão interdisciplinar, que une perspectivas acadêmicas e práticas. A revista reafirma seu objetivo de fomentar discussões contemporâneas, promovendo análises críticas e propostas inovadoras em um contexto jurídico e socioeconômico dinâmico.

Nesta edição, temos a honra de compartilhar uma seleção de artigos que abordam questões relevantes e emergentes, escritos por autores nacionais e internacionais. Os textos apresentados visam conectar os saberes do Direito às necessidades do mercado e às demandas da sociedade contemporânea.

Agradeço profundamente a todas e todos que tornaram esta publicação possível, aos autores, colaboradores e ao conselho editorial. Que esta revista continue a ser uma ponte entre o conhecimento acadêmico e as práticas profissionais, estimulando debates, inspirações e soluções para os desafios que enfrentamos no campo jurídico e nos negócios.

Desejo a todas e todos uma leitura enriquecedora e instigante.

Atenciosamente,

FERNANDO JOSÉ DA COSTA

Coordenador do Curso de Direito

Fundamentos constitucionais da defesa da concorrência*

CONSTITUTIONAL GROUNDS OF COMPETITION LAW

Resumo: A defesa da concorrência fundamenta a ordem econômica e dá direção para as atividades empresariais no Brasil. Também está expresso no texto constitucional a repressão ao abuso de poder econômico. A atestação da previsão constitucional é importante porque afasta a dúvida de que a repressão ao abuso de poder econômico tem respaldo e força de princípio constitucional, ainda que indiretamente. Ganha força a legislação infraconstitucional e a política de defesa da concorrência no Brasil.

Palavras-chave: Livre concorrência – Constituição Federal – Hermenêutica – Abuso – Poder econômico.

Abstract: The defense of competition grounds the economic order and gives direction to business activities in Brazil. The constitutional provisions also expressly sustains the repression of abuse of economic power. The attestation of the constitutional support is important because it removes the doubt that the repression of abuse of economic power has the support and force of constitutional principle, even if indirectly. Ordinary law and competition defense policy gain strength in Brazil with such constitutional support.

Keywords: Free competition – Federal constitution – Hermeneutic – Abuse – Economic power.

1_INTRODUÇÃO

Explicitamente previstos no artigo 170, os princípios da livre iniciativa e concorrência são inquestionavelmente pilares constitucionais que delineiam a estrutura econômica e estabelecem a liberdade como o padrão para a dinâmica dos mercados e para as atividades empresariais.

Dentro desse contexto de liberdade empresarial, o dínamo da interação é a competição que faz com que as empresas busquem inovação, diferenciação e eficiências.

A lei e o Estado também limitam a dinâmica entre as empresas. Restringem a concorrência. Por exemplo, concessões públicas, legislação de propriedade intelectual, e outros dispositivos concedem exclusividade ou restringem o processo competitivo entre as empresas.

Quando a concorrência é a regra, os agentes econômicos podem, e normalmente têm, dimensões, portes e forças diferentes. Cada um terá um poder e poderá exercer esse poder de forma excepcional, às vezes de forma determinante.

A liberdade de empreender não pode ser absoluta. Por isso, a repressão contra o abuso de poder de mercado, que busca evitar a dominação dos mercados, a eliminação da concorrência e o aumento injustificado dos lucros, também é objeto de um dispositivo constitucional (ver § 4º do artigo 173).

Portanto, a análise do fundamento constitucional da defesa da concorrência é importante para dar o contorno e a robustez que o instituto merece.

2_OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

Para compreender os princípios constitucionais, é essencial discutir a elaboração e interpretação das leis. O legislador, ao redigir uma lei, traz consigo sua época, cultura e convicções. Da mesma forma, o intérprete da lei reflete em sua interpretação toda sua trajetória pessoal e o contexto temporal e espacial em que está inserido. A Constituição Federal, portanto, é objeto de uma complexidade hermenêutica que demanda cuidadosa atenção.

Ferraz Jr. esclarece que uma investigação será zetética se partir de evidências como ponto de partida. Esse tipo de investigação tem um caráter amplo, buscando questionar e colocar em dúvida. Por outro lado, será dogmática se partir de premissas já estabelecidas, como a existência de Deus, por exemplo. Esse método tem um caráter mais fechado, visando apenas ensinar e doutrinar¹.

Para Vigo, “el saber de los juristas tiene por misión específica e insustituible ‘decir el derecho’ (*juris dictio*) por eso son iuris prudentes”. Quanto à interpretação constitucional, o autor vê, em relação à Constituição, dois objetivos possíveis: fixar o sentido de uma norma constitucional ou fixar o sentido de uma norma ou de um comportamento em relação à Constituição. O intérprete é um mediador entre a norma e o caso que requer sua atenção e, segundo esse autor, “la ‘norma resultado’ o completa es aquella que aparece al cabo del proceso interpretativo donde la ‘norma dato’ o ‘preexistente’ recibe, de parte del intérprete un significado jurídico con el que resuelve la cuestión planteada”². Segundo Vigo, ainda, os juristas têm a missão específica e insubstituível de “dizer o direito” (*juris dictio*). O autor identifica dois objetivos possíveis em relação à Constituição: estabelecer o sentido de uma norma constitucional ou determinar o sentido de uma norma ou comportamento em relação à Constituição.

1 Ibidem, p. 43.

2 VIGO, Rodolfo Luís. Interpretación constitucional. 2. ed. Buenos Aires: Lexis Nexis, Abeledo Perrot, 2004. p. 85.

O intérprete atua como *mediador* entre a norma e o caso em questão, e conforme esse autor, a “norma resultado” é aquela que surge ao final do processo interpretativo, onde a “norma dada” ou “preexistente” recebe do intérprete um significado jurídico que resolve a questão apresentada.

Engisch realça uma perspectiva interessante que relaciona a hermenêutica jurídica com:

“a chamada heurística jurídica (descoberta do Direito) ‘*praeter legem*’, cujo principal exemplo é a analogia, e com a heurística jurídica ‘*contra legem*’, que em sentido estrito significa uma ‘correção’ da lei, ao passo que a verdadeira interpretação se apresenta como via de uma descoberta (heurística) do Direito ‘*secundum legem*’ de acordo com a fidelidade ao texto legal.”³

Já sobre os princípios, a doutrina sustenta que⁴:

“todo ordenamento estatal possui sempre um conjunto peculiar de *princípios orgânicos* característicos, que o distinguia dos demais, mas só em tempos relativamente recentes se estendeu e consolidou a convicção de que tais *princípios* deveriam, em geral, ser reunidos em um documento formal, definido como Constituição”.

Bastos ensina que a constituição é formada por normas que desempenham funções similares, porém pertencem a *categorias* distintas: princípios e regras. De acordo com sua abordagem, os princípios são diretrizes mais abstratas que, diferentemente das regras, não conferem direitos subjetivos. Por outro lado, as regras são comandos que se aproximam do direito comum.⁵

Já Reale indica a importância dos princípios para prover os “pressupostos” do Direito. Sua definição é de que os princípios são “verdades ou juízos fundamentais, que servem de alicerce ou de garantia de certeza a um conjunto de juízos, ordenados em um sistema de conceitos relativos a dada porção da realidade”⁶. Para Silva, o conceito dos princípios é que eles são ‘mandamentos nucleares’ ou ‘disposições fundamentais’ do sistema.

3 ENGISCH, Karl. Introdução ao pensamento jurídico. Trad. J. Baptista Machado. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1964. p. 164.

4 BOBBIO, Norberto et al. Dicionário de política. Trad. Carmen C. Varriale, Gaetano Lo Monaco, João Ferreira, Luís Guerreiro Pinto Cacais. 5. ed. Brasília: Ed. UnB; São Paulo: Imprensa Oficial do Estado, 2000.

5 BASTOS, Celso Ribeiro. Dicionário de direito constitucional. São Paulo: Editora Saraiva, 1994. p. 159.

6 REALE, Miguel. Filosofia do direito. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 61.

Os princípios são fonte do Direito. Ferraz Jr. anota que “o reconhecimento da legislação como fonte de direito baseia-se necessariamente numa hipótese racionalizadora – um ato fundante que produz um conjunto de normas primárias, a Constituição”. O autor propõe focar a Constituição sob três aspectos. Do ponto de vista sociológico, a Constituição “manifesta a emergência das forças sociopolíticas”. O sentido político imprime à Constituição “vontade do poder que a estabelece” e, num terceiro enfoque, temos a Constituição como lei fundamental, “a fonte da qual emana o direito constitucional”, num conceito próximo das ideias de Kelsen⁷.

4_ O PRINCÍPIO DA LIVRE CONCORRÊNCIA NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

A Constituição Federal de 1988 estabelece a livre concorrência como princípio norteador da ordem econômica⁸.

Em primeiro lugar, cumpre identificar o significado de *livre*. O vocábulo liberdade tem origem no nome do antigo deus itálico *Liber Pater*, divindade que logo foi identificada com os deuses gregos Baco e Dionísio⁹. Era o deus da fertilidade, da sexualidade e da liberdade, trazendo a ideia de expansão.

Liberdade também teve como significado ausência de limitações e coações. A palavra alemã *Freiheit* (liberdade) tem origem histórica nos vocábulos *freihals* ou *frihals*. Ambos significavam “pescoço livre” (*frei Hals*), livre dos grilhões mantidos nos escravos.¹⁰

Ao longo da História, muitos pensadores versaram sobre liberdade. Na sequência dos filósofos da Antiguidade, Santo Agostinho afirmava que, para alcançar a liberdade, “a razão conhece, mas a vontade escolhe. A possibilidade de fazer o mal é inseparável do livre-arbítrio, mas o poder de fazê-lo é a marca da liberdade”¹¹.

Santos aponta que,

“entre os romanos, que diferenciavam juridicamente o *status civitatis* do *status libertatis*, a liberdade era definida como ‘a faculdade natural de se fazer o que se quer com exceção daquilo que se proíbe pela força

7 FERRAZ JR., Tercio Sampaio. Ob. cit., p. 225-228.

8 Vide art. 170.

9 SPALDING, Tássilo Orpheu. Deuses e heróis da antiguidade clássica: dicionário de antropônimos e teônimos vergilianos. São Paulo, Cultrix; Brasília, INL, 1974.

10 Vide PORFÍRIO, Geórgia Bajer Fernandes DE Freitas. Verbetes Liberdade. Dicionário de Direitos Humanos, 2006. Disponível em: [www.escola.mpu.mp.br/dicionario]. Acesso em :28.05.2021.

11 SANTO AGOSTINHO. O livre-arbítrio. Tradução, organização e introdução de Nair de Assis Oliveira. 2. ed. São Paulo: Paulus, 1995. p. 296.

da lei'. Liberdade, nesse sentido, não é o obrigatório, nem mesmo o autonomamente consentido, mas sim o que se encontra na esfera do não-impedimento”.

A autora defende ainda que “a liberdade não é absoluta” e que “não apenas significa que o indivíduo tem a oportunidade e, ao mesmo tempo, a responsabilidade de escolher, como também significa que deve arcar com as consequências de suas ações. Liberdade e responsabilidade são inseparáveis”¹².

Arremata Pereira:

*“No sentido psicológico, liberdade é capacidade de ser racional e consciente, de autodeterminar-se ante a multiplicidade de alternativas de opção que se lhe oferecem. A palavra liberdade, quando aplicada ao plano social e político, significa um estado de ausência de coerção, provinda do grupo, e notadamente do Poder Público”.*¹³

Entendido o conceito de livre ou liberdade, há que se definir o que seria a concorrência. Forgioni questiona

*“em que momento e que a palavra concorrência (competition) passou a ser empregada em claro sentido econômico. Dennis (Kenneth G. Dennis – ‘Competition’ in the history of economic thought) afirma que isso somente teria ocorrido no século XVIII, pois seguramente Aristóteles, os juristas romanos ou os primeiros autores escolásticos não identificaram concorrência com justo preço, o que lhes fazia utilizar a palavra com claro sentido coloquial, e não técnico”*¹⁴.

De acordo com a autora, na Grécia antiga, exemplos de fatos concernentes com atividades econômicas demonstram que “práticas concertadas entre agentes econômicos foram regulamentadas com base no interesse público”. A autora anota que, em Roma, “coibia-se o abuso de preços”, na preocupação de proteger a população.

Franceschini aponta a Idade Média como a fase histórica na qual “se encontram institutos que trazem maiores semelhanças com a concorrência em seu estágio atual”, e

12 SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite. Biodireito: ciência da vida, os novos desafios (Org.) São Paulo: Ed. RT, 2001.

13 PEREIRA, Afonso Insuela. O direito econômico na ordem jurídica. São Paulo: José Bushatsky, 1974. p. 254

14 FORGIONI, Paula A. Os fundamentos do antitruste. 8 ed. São Paulo: Ed. RT, 2015. p. 35.

“as corporações de ofícios são os exemplos mais ricos do período”. Registra o autor que

“foi no contexto das feiras medievais que apareceram e se desenvolveram os elementos do pré-capitalismo comercial, entre eles as primeiras moedas, os primeiros bancos, as notas promissórias, vales, cheques, letras de câmbio, companhias de navegação, transporte e frete (aluguel) e companhias por ações”¹⁵.

Concorrência é a ação de competir. Ramos expõe duas abordagens para dar os contornos ao conceito de concorrência. Indica a visão de que a concorrência é um “estado de coisas, uma situação estática que pode ser capturada e, portanto, controlada ou manipulada” e, por outro lado, prega a visão de que seria “um processo dinâmico e incerto de rivalidade e descoberta constantes”¹⁶.

A liberdade de concorrer está intimamente ligada à liberdade de empreender e, segundo parte da doutrina, à valorização do trabalho humano. Por isso, explicam Domingues e Gaban que a

“liberdade é, sem dúvida, a tônica de nosso Estado Democrático de Direito. Essa liberdade, contudo, não deve se afastar da interpretação constitucional diante de outros valores que ali estão assentados. Isso porque, enquanto princípio fundamental da República, a liberdade de iniciativa vem ao lado e, portanto, possui equivalente força cogente à valorização do trabalho humano”.

Há dois alicerces na Constituição de 1988: “i) a livre-iniciativa (de raiz liberal), e ii) a valorização do trabalho humano (de raiz social)”¹⁷.

Nesse mesmo sentido, preconiza Bruna que, na prática, o princípio da livre-iniciativa garante a liberdade de acesso ao mercado, alheia à ingerência do Estado, e a *permanência* no mercado, que configura a livre concorrência. “Livre-iniciativa e livre-concorrência são, pois, princípios intimamente ligados. Ambos representam liberdades, não de caráter absoluto, mas liberdades regradas, condicionadas, entre

15 FRANCESCHINI, José Inácio Gonzaga; BAGNOLI, Vicente. Direito concorrencial. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018 (Coleção Tratado de Direito Empresarial, v. 7). p. 95

16 RAMOS, André Luiz Santa Cruz. Os fundamentos contra o antitruste. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 108-109.

17 DOMINGUES, Juliana Oliveira; GABAN, Eduardo Molan. Livre-iniciativa, livre-concorrência e democracia: valores constitucionais indissociáveis do direito antitruste? In: NUSDEO, Fábio (Coord.). A ordem econômica constitucional. São Paulo: Ed. RT, 2020. p. 113.

outros, pelos imperativos da justiça social”¹⁸.

No Brasil, “Teixeira de Freitas, no Esboço do Código Civil, publicado entre 1860 e 1865 (antes, portanto, do *Shermann Act* americano), previa, em seu artigo 3.046, que seriam proibidas as sociedades ‘destinadas a embaraçar a liberdade do comércio ou da indústria”, lembra Forgioni¹⁹.

O histórico da norma constitucional sobre a repressão ao abuso do poder econômico registra, em 1889, no Canadá, a primeira lei. No ano seguinte, a lei americana, através do *Shermann Act*, tornou-se muito influente.

Em 1946, a Constituição Federal do Brasil impôs uma regulamentação para “a organização da ordem econômica e social”, com o propósito de coibir “práticas comerciais que ofendessem o jogo da concorrência” registra Faria²⁰.

A Constituição Federal de 1988 confirmou a livre concorrência como princípio norteador da ordem econômica, juntamente com o da soberania nacional, da propriedade privada, da função social da propriedade, da defesa do consumidor, da defesa do meio ambiente, da redução das desigualdades regionais e sociais e da busca do pleno emprego²¹.

O art. 173 da Constituição de 1988 reprime “qualquer ação que tenha por objeto a dominação dos mercados, a eliminação da ocorrência e o aumento arbitrário dos lucros, embora não chegue a causar nenhuma dessas consequências” pontua Faria²².

A Lei 8.884/94 foi a primeira lei de defesa da concorrência no Brasil após a vigência da Constituição Federal de 1988, a qual foi substituída, em maio de 2012, com a entrada em vigor da Lei 12.529/11. Ambas foram (e são) importantes para a “pavimentação da relação dos princípios da livre-iniciativa e demais valores inseridos no Art. 170 da Constituição Federal de 1988”. No final do século XX, o pensamento ocidental voltou-se para “a interação entre Estado e agentes econômicos”, com grande influência dos EUA, particularmente da Escola de Chicago.²³

Já se mencionou que a Constituição Federal de 1988 indica a *livre concorrência* como princípio norteador da ordem econômica²⁴.

18 BRUNA, Sérgio Varella. O poder econômico: e a conceituação do abuso em seu exercício. 1. ed. 2. tir. São Paulo: Ed. RT, 2001. p. 137.

19 FORGIONI, Paula A. Ob. cit., p. 95.

20 FARIA, Walter R. Constituição econômica: liberdade de iniciativa e de concorrência. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1999. p. 75.

21 Vide art. 170.a

22 FARIA, Walter R. Ob. cit., p. 150.

23 DOMINGUES, Juliana Oliveira; GABAN, Eduardo Molan. Ob. cit., p. 115. Quanto à Escola de Chicago, essa nasceu do Comitê sobre a Sociedade Livre da Universidade de Chicago, fundado no final da década de 1960, por Aaron Director, com o propósito de “fortalecer a tradição da liberdade individual numa perspectiva não apenas econômica, mas também política e social”.

24 Vide art. 170.

Tudo vai estar sob o manto da constituição, que estabelece a ordem econômica.

É no contexto da ordem econômica que se exerce o direito à livre-iniciativa e à *livre concorrência*. “O poder econômico, em si, não constitui crime”, mas o abuso desse poder é coibido pela lei, segundo Vaz²⁵.

O poder está intrinsicamente ligado a relações sociais. É a projeção da vontade de um homem para determinar ações de outro homem; é o mais forte coagindo o mais fraco a fazer o que ele deseja; é a capacidade de dominação, de ditar regras. O desejo de poder faz parte da natureza humana. Segundo Souza, “a palavra poder é portadora de forte conotação política, enriquecida do sentido de mando e comprometida com a noção de comando. A ideia de autoridade passou a complementá-la. Porém, comando também se manifesta na atividade econômica”²⁶. O objetivo do poder seria a maximização dos resultados. As constituições liberais garantiam o direito à propriedade privada e, à medida que “começaram a cogitar do assunto econômico, estabeleceram limites para o uso e o abuso do poder econômico”.

Landes anota que, na França, “o homem rico que construísse sua fortuna sobre as ruínas de concorrentes menos produtivos ou menos talentosos não era um modelo de realização, nem um herói da cultura – era um *mangeur d’hommes* (comedor de homens)”²⁷. Observa ainda que essa atitude se originou na área rural, o camponês aumentando suas posses às custas do vizinho, que acabava seu inquilino ou seu servo. Na França, o Estado estimulou a atividade fabril com “favores fiscais” e outros privilégios, chegando ao ponto de nomear diversas *manufactures royales et privileges*, eventualmente “com direitos de monopólio”²⁸.

O poder econômico para Shieber seria aquele “que resulta da posse dos meios de produção”, estabelecendo como abuso do poder econômico quando esses meios “são dominados por um indivíduo ou um grupo de empresas, evitando que outros deles também possam dispor”²⁹.

A lógica indica que a Constituição Federal de 1988 garante a livre-iniciativa e, com isso, uma empresa poderá, eventualmente, deter poder de mercado. Deter poder de mercado não é um fato antijurídico. Porém, o mal uso da liberdade de

25 VAZ, Isabel. Direito econômico da concorrência. Prefácio de Carlos Mauro da Silva Velloso. Rio de Janeiro: Forense, 1993. p. 262-267.

26 SOUZA, Washington Peluso Albino de. Primeiras linhas de direito econômico. 6. ed. São Paulo: LTr, 2005. p. 251.

27 LANDES, David S. Prometeu desacorrentado: transformação tecnológica e desenvolvimento industrial na Europa ocidental desde 1750 até os dias de hoje. Trad. Marisa Motta. 2. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005. p. 139.

28 Ibidem, p. 142.

29 SHIEBER, Benjamin M. Abusos do poder econômico: direito e experiência antitruste no Brasil e nos E.U.A. São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1966. p. 3.

iniciativa ou de empreender é passível de sanção legal.

O conceito de abuso de direito não é trivial. Souza sustenta:

“Não há negar, pois, que, dentro de uma concepção mais abrangente, o direito exercido abusivamente é mesmo um ilícito (*lato sensu*), porque antissocial, contrário às finalidades para as quais foi instituído. Necessário é, para que se possa entender esta ampliação do conceito de ilícito, acompanhar as mudanças que se processaram, no campo da dogmática jurídica, a partir do final do século XIX”³⁰.

Seja abuso do direito ou abuso da prerrogativa da liberdade outorgada pelo Direito, fato é que a garantia constitucional de livre concorrência parece, *contrario sensu*, dar sustento legal não apenas para a garantia do exercício positivo da livre concorrência e iniciativa, como, também, para a repressão do abuso do poder econômico.

Vale colacionar alguns aspectos da lição de Salomão Filho³¹. Em primeiro lugar, o autor registrar que a previsão da repressão ao abuso do poder econômico na Constituição Federal de 1988 (artigo 173, parágrafo 4º) não deve ser interpretada como “mero elemento de ligação”, pois tal expressão seria “dotada de muito maior riqueza interpretativa”. Partindo da premissa que a disciplina da ordem econômica é de caráter afirmativo (não defensivo ou negativo), Salomão Filho avança colocando o contexto de que os direitos da ordem econômica são “direcionados a coletividade” e, portanto, seria uma “função social” do Estado. E sacramenta:

“A ideia-base, tão firme no ambiente europeu, é a proteção da concorrência como instituição. Nesse contexto, a expressão ‘abuso de posição dominante’ serve não apenas como conceito normativo, mas também para dar destaque à intenção de produção dos efeitos sobre a ordem econômica. E é exatamente esta segunda função que deve ser atribuída à expressão ‘abuso de poder econômico’ na Constituição brasileira”.

30 SOUZA, Luiz Sérgio Fernandes. Abuso do direito. In: CAMPILONGO, Celso Fernandes; GONZAGA, Alvaro de Azevedo; FREIRE, André Luiz (Coord.). Enciclopédia jurídica da PUC-SP. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Tomo: Teoria Geral e Filosofia do Direito. Disponível em: [<https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/167/edicao-1/abuso-do-direito>].

31 SALOMÃO FILHO, Calixto. Direito concorrencial. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 307-310.

6_ CONCLUSÕES

Como se pode notar, a livre concorrência tem lastro constitucional. Trata de orientar a aplicação do Direito e a modelagem das políticas públicas para garantir a liberdade de empreender ao mesmo tempo que reprime o abuso do poder econômico. Não existirá livre concorrência se houver abuso do poder econômico.

Com essa previsão, qualquer manifestação de abuso do poder econômico que afete a dinâmica do mercado poderá ser alcançada pelas normas de defesa da concorrência, bem como pelas políticas públicas que tratem do tema.

Salomão Filho acerta ao afirmar que, quando se entende o direito da concorrência como uma *garantia institucional*, o conceito de abuso de poder econômico “deixa de ter uma interpretação gramatical e lógica tão óbvia, e passa a ter uma interpretação teleológica mais útil”³². Afinal, uma regra com força princípio.

Em síntese, a análise dos fundamentos constitucionais da defesa da concorrência revela a complexidade e a importância desse princípio no ordenamento jurídico. Ao explorar as disposições constitucionais que orientam a livre concorrência e a prevenção de abusos de poder econômico, é possível perceber a relevância desses valores para a promoção do bem-estar social, o estímulo à inovação e o fortalecimento da economia. Nesse contexto, a interpretação e aplicação desses fundamentos demandam uma abordagem cuidadosa e contextualizada, considerando os desafios e as transformações do ambiente econômico contemporâneo. Assim, a compreensão dos princípios constitucionais subjacentes à defesa da concorrência constitui não apenas um exercício acadêmico, mas também um guia essencial para a formulação de políticas públicas e a atuação dos agentes econômicos em prol do desenvolvimento sustentável e da justiça social.

32 SALOMÃO FILHO, Calixto. Direito concorrencial, 2021, cit., p. 308.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ABA SECTION OF ANTITRUST LAW. Market power handbook: Competition law and economic foundations. 2. ed. Chicago: ABA Book Publishing, 2012.
- BARBIERI FILHO, Carlo. *Disciplina jurídica da concorrência: abuso do poder econômico*. São Paulo: Editora Resenha Tributária, 1884.
- BASTOS, Celso Ribeiro. *Dicionário de direito constitucional*. São Paulo: Editora Saraiva, 1994.
- BOBBIO, Norberto. *Teoria da norma jurídica*. Trad. Fernando Pavan e Ariani Bueno Sudatti. Bauru: Edipro, 2001.
- BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.
- BOBBIO, Norberto et al. *Dicionário de política*. Trad. Carmen C. Varriale, Gaetano Lo Monaco, João Ferreira, Luís Guerreiro Pinto Cacaís. 5. ed. Brasília: Ed. UnB; São Paulo: Imprensa Oficial do Estado, 2000.
- BRASIL. Ministério da Justiça Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE. 2016. Disponível em: [www.cade.gov.br/servicos/perguntas-frequentes/perguntas-sobre-infracoes-a-ordem-economica#wrapper]. Acesso em: 23.05.2021.
- BRUNA, Sérgio Varela. *O poder econômico: e a conceituação do abuso em seu exercício*. 1. ed. 2. tir. São Paulo: Ed. RT, 2001.
- BUCHAIN, Luiz Carlos. *O poder econômico e a responsabilidade civil concorrencial*. Porto Alegre: Nova Prova, 2006.
- COMMISSION OF THE EUROPEAN COMMUNITIES. *Communication from the Commission: Guidance on the Commission's Enforcement Priorities in Applying Article 82 EC Treaty to Abusive Exclusionary Conduct by Dominant Undertakings*. Bruxelas, 3 de dezembro de 2008.
- DOMINGUES, Juliana Oliveira; GABAN, Eduardo Molan. *Direito antitruste: o combate aos cartéis*. São Paulo: Saraiva, 2009.
- DOMINGUES, Juliana Oliveira; GABAN, Eduardo Molan. Livre-iniciativa, livre-concorrência e democracia: valores constitucionais indissociáveis do direito antitruste? In: NUSDEO, Fábio (Coord.). *A ordem econômica constitucional*. São Paulo: Ed. RT, 2020.
- ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. Trad. J. Baptista Machado. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1964.
- ENTERRÍA, Eduardo García; MENENDÉZ, Aurelio Menéndez. *El derecho, la ley y el juez: dos estudios*. Madri: Martinez-Carande Ed., 1997.
- FAGUNDES JR., José Cabral Pereira. *Limites da ciência e o respeito à dignidade*
-

-
- humana. In: SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite (Org.). *Biodireito: ciência da vida, os novos desafios*. São Paulo: Ed. RT, 2001.
- FARIA, Walter R. *Constituição econômica: liberdade de iniciativa e de concorrência*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1999.
- FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo de direito: técnica, decisão, dominação*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2001.
- FERRAZZO, Débora. *Pluralismo jurídico e descolonização constitucional na América Latina*. 2015. Disponível em: [https://bdtd.ibict.b/vufind/Record/UFSC_859e84b8aa6c8484040da5a0aea8cdb2]. Acesso em: 12.06.2021.
- FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do antitruste*. 8 ed. São Paulo: Ed. RT, 2015.
- FRANCESCHINI, José Inácio Gonzaga; BAGNOLI, Vicente. *Direito concorrencial*. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2018 (Coleção Tratado de Direito Empresarial, v. 7).
- HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles. *Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001.
- INTERNATIONAL BAR ASSOCIATION (IBA). *The concept of "Abuse" of a dominant position under Article 82 EC: recent developments in relation to pricing*. Auckland, IBA, 18 out. 2004.
- KHODORKOVSKY, Maria. *Traduttore, traditore*. 2008. Disponível em: [www.altalang.com/beyond-words/traduttore-traditore]. Acesso em: 12.06.2021.
- LANDES, David S. *Prometeu desacorrentado: transformação tecnológica e desenvolvimento industrial na Europa ocidental desde 1750 até os dias de hoje*. Trad. Marisa Motta. 2. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.
- MAGALHÃES, Guilherme Canedo de. *O abuso do poder econômico: apuração e repressão*. Rio de Janeiro: Artenova, 1975.
- MAGALHÃES, Paulo Germano. *A nova liberdade: o combate aos trustes e carteis*. Rio de Janeiro: Tempo, 1965.
- NUSDEO, Fábio. A ordem econômica constitucional – origem – evolução – principiologia. In: NUSDEO, Fábio (Coord.). *A ordem econômica constitucional*. São Paulo: Ed. RT, 2020.
- PEREIRA, Affonso Insuela. *O direito econômico na ordem jurídica*. São Paulo: José Bushatsky, 1974.
- PEREIRA NETO, Caio Mário da Silva; CASAGRANDE, Paulo Leonardo. *Direito concorrencial*. São Paulo: Saraiva, 2016 (Coleção Direito Econômico).
- PORFÍRIO, Geórgia Bajer Fernandes de Freitas. Verbete Liberdade. *Dicionário de Direitos Humanos*, 2006. Disponível em: [www.escola.mpu.mp.br/dicionario]. Acesso em: 28.05.2021.
- REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.
-

-
- RICOUER, Paul. *Do TEXTO à ação*. Porto: Rés Editora, 1989.
- SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito concorrencial: as condutas*. 1. ed. 2. tir. São Paulo: Malheiros, 2007.
- SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito concorrencial*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.
- SANTO AGOSTINHO. *O livre-arbítrio*. Tradução, organização e introdução de Nair de Assis Oliveira. 2. ed. São Paulo: Paulus, 1995.
- SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite (Org.). *Biodireito: ciência da vida, os novos desafios*. São Paulo. Ed. RT, 2001.
- SHIEBER, Benjamin M. *Abusos do poder econômico: direito e experiência antitruste no Brasil e nos E.U.A.* São Paulo: Ed. RT, 1966.
- SILVA, Júlio Romão da. *Luiz Gama e suas poesias satíricas*. 2 ed. Rio de Janeiro: Cátedra; Brasília: INL, 1981.
- SILVA, Virgílio Afonso da. *A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. 1. ed. 4. tir. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.
- SOUZA, Luiz Sérgio Fernandes. *Abuso do direito*. In: CAMPILONGO, Celso Fernandes; GONZAGA, Alvaro de Azevedo; FREIRE, André Luiz (Coord.). *Enciclopédia jurídica da PUC-SP*. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Tomo: Teoria Geral e Filosofia do Direito. Disponível em: [<https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/167/edicao-1/abuso-do-direito>]. Acesso em: 12.06.2021.
- SOUZA, Washington Peluso Albino de. *Primeiras linhas de direito econômico*. 6. ed. São Paulo: LTr, 2005.
- SPALDING, Tássilo Orpheu. *Deuses e heróis da antiguidade clássica: dicionário de antropônimos e teônimos vergilianos*. São Paulo, Cultrix; Brasília, INL, 1974.
- VAZ, Isabel. *Direito econômico da concorrência*. Prefácio de Carlos Mauro da Silva Velloso. Rio de Janeiro: Forense, 1993.
- VIGO, Rodolfo Luís. *Interpretación constitucional*. 2. ed. Buenos Aires: Lexis Nexis, Abeledo Perrot, 2004

A DISPUTA “EUA VS. CHINA” (2007-2010) EM DIREITOS DE PROPRIEDADE INTELECTUAL NO CONTEXTO DA OMC

THE “USA VS. CHINA” DISPUTE (2007-2010) ON INTELLECTUAL PROPERTY RIGHTS WITHIN THE WTO CONTEXT

VICTOR LUIZ PEREIRA DE ANDRADE¹
LUCIANA LOPES CANAVEZ²

Sumário: 1 Introdução. 2 Um acordo: a Organização Mundial do Comércio. 2.1 O Acordo TRIPs. 2.2 O sistema de resolução de conflitos da OMC. 3 A disputa “EUA vs. China” (2007-2010) na OMC. 4 Conclusão.

Resumo: A transição econômica da China, de copiadora para desenvolvedora de tecnologia, não se apresenta enquanto mera coincidência ou resultado de um desenvolvimento puramente orgânico ou, em uma visão reducionista à perspectiva do evolucionismo econômico, de um desenvolvimento “natural”. Ao revés, o desenvolvimento econômico chinês é resultado de múltiplas políticas públicas atreladas a um plano de desenvolvimento econômico coerente aos interesses do próprio país, postura por vezes ignorada no caso brasileiro. Nesse cenário, mostra-se relevante o estudo aprofundado da disputa travada entre chineses e estadunidenses no contexto da Organização Mundial do Comércio, em uma discussão que escancarou um aparato administrativo estrategicamente pensado à conveniência do plano de desenvolvimento interno chinês que ali tomava forma. Assim, o presente trabalho propõe uma exposição dos mecanismos de resolução de conflitos da dita organização bem como dos mecanismos jurídicos questionados, visando denotar o teor estratégico das investidas legislativas, administrativas e diplomáticas chinesas quando defrontadas da necessidade

1 Bacharel e mestre, é atualmente doutorando em Direito pelo Programa de Pós-graduação stricto sensu em Direito da Universidade Estadual Paulista (PPGD/Unesp), Faculdade de Ciências Humanas e Sociais, Franca, sob orientação da Prof.^a Dr.^a Luciana Lopes Canavez. Bolsista da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES), atua como docente substituto da disciplina de Direito da Propriedade Intelectual em estágio supervisionado pelo Departamento de Direito Privado, Processo Civil e do Trabalho (DDPPCT/Unesp). ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0001-6789-7172>. E-mail: victor.andrade@unesp.br

2 Docente assistente doutora vinculada ao Departamento de Direito Privado, Processo Civil e do Trabalho da Universidade Estadual Paulista (Unesp), Faculdade de Ciências Humanas e Sociais, Franca. É docente dos cursos de graduação e pós-graduação em Direito da instituição, atuando também enquanto líder do Grupo de Estudos e Pesquisa em Propriedade Intelectual e Desenvolvimento Econômico-Social (GEPPIDES). ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0002-3953-7433>. E-mail: luciana.canavez@unesp.br

de proteção de direitos de propriedade intelectual no ambiente internacional como requisito para sua entrada e permanência sob o sistema do comércio internacional. Para além dos documentos digitais do conflito, disponibilizados *online* pela própria Organização Mundial da Propriedade Intelectual, foram consultados artigos científicos correlatos disponíveis na plataforma de indexação científica Scopus e, apenas para fins de contexto, utilizadas fontes jornalísticas e de ordem não jurídica. No aspecto teórico, foram utilizadas enquanto referências as obras dos professores doutores Denis Borges Barbosa, Liliana Locatelli e Maristela Basso, especialistas notórios por sua atuação no direito internacional com ênfase na área da propriedade intelectual.

Palavras-chave: resolução de disputas; propriedade intelectual; Organização Mundial do Comércio; China; Estados Unidos da América.

Abstract: *China's economic transition from a "copycat" to a technology developer is not a mere coincidence or the result of purely organic development or, in a reductionist view of economic evolutionism, of "natural" development. On the contrary, China's economic development is the result of multiple policies linked to an economic development plan that is consistent with the country's own interests, a stance that is sometimes ignored in the Brazilian case. In this context, an in-depth study of the dispute between the Chinese and the United States in the context of the World Trade Organization is relevant, in a discussion that exposed an administrative apparatus strategically designed to suit the development plan that was taking shape there. Thus, this paper proposes an exposition of the conflict resolution mechanisms of the aforementioned organization, as well as the legal mechanisms in question, aiming to denote the strategic nature of China's legislative, administrative and diplomatic efforts when faced with the need to protect intellectual property rights in the international environment as a requirement for operating in the international trade system. In addition to the digital documents on the conflict, made available online by the World Intellectual Property Organization itself, related scientific articles available on the Scopus scientific indexing platforms were consulted and, for contextual purposes only, journalistic and non-legal sources were used. In the theoretical aspect, the works of professors Denis Borges Barbosa, Liliana Locatelli and Maristela Basso, renowned experts for their work in international law with an emphasis on intellectual property rights, were used as main references.*

Keywords: *dispute resolution; intellectual property; World Trade Organization; China; United States of America.*

1_ INTRODUÇÃO

Por muito tempo, o imaginário popular ocidental atribuiu à atuação econômica e industrial da China a imagem de “copiadora” ou “pirata”, em vista das reiteradas práticas de contrafação identificadas dentre os produtos produzidos e exportados pelo país oriental³. Neste paradigma, exemplificado pelas mais diversas manifestações sociais e culturais, ao ponto de se ter tornado verdadeiro estereótipo de conhecimento geral, o gigante chinês passou a ser largamente reconhecido por sua longa e manifesta postura contrária à proteção de direitos de propriedade intelectual.

Entretanto, no que tange o comércio, o cenário internacional é marcado, sobretudo a partir dos anos 90, pelas incessantes e crescentes tentativas de acomodação de interesses a partir de processos internos e externos de regulamentação de tais direitos, processo este do qual não se situou de fora a China, nem o Brasil⁴.

Contemporaneamente, conforme exemplificado pelas mais diversas produções culturais relativas ao tema⁵, com a expansão da atuação econômica da China no mundo e com a mudança do paradigma chinês relativo à propriedade intelectual, tal percepção do país enquanto “pirata” também se esvai.

A imagem que antes se resumia a uma perspectiva negativa de um país que, alegadamente, “se aproveitava” da tecnologia e notoriedade estrangeiras, agora é substituída pela imagem de um país investidor nos distintos setores produtivos, incluindo amplos investimentos em setores tecnológicos de ponta. Um país que, com o passar dos anos, passou a empenhar esforços para se adequar ao funcionamento do mercado internacional, sobretudo no que tange à proteção da propriedade intelectual.

3 HOUT, T.; GHEMAWAT, P. China vs the World: whose technology is it? Harvard Business Review, Cambridge, dec. 2010.

4 O processo de acomodação de interesses levou em conta até mesmo períodos de transição necessários à adaptação dos membros de acordo com seus respectivos estágios de desenvolvimento, um ambiente de profundas desigualdades estruturais que segue levantando questionamentos acerca da materialidade do tratamento igual oferecido a estrangeiros a partir da principiologia positivada pela tratativa em questão. Cf. RASSENFOSSÉ, G. et al. Are foreigners treated equally under the Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights Agreement? The Journal of Law and Economics, v. 62, n. 4, p. 663-685, nov. 2019. Disponível em: <https://www.journals.uchicago.edu/doi/10.1086/705801>. Acesso em: 11 abr. 2022. Cf. WEINHARDT, C.; SCHÖFER, T. Differential treatment for developing countries in the WTO: the unmaking of the North-South distinction in a multipolar world. Third World Quarterly, v. 43, n. 1, p. 74-93, 8 nov. 2022.

5 Manifestações dentre as quais se destaca o filme vencedor do Óscar de Melhor Documentário em 2019, “American Factory”, notadamente produzido pela companhia Higher Ground Productions, cujos fundadores são Barack e Michelle Obama, respectivamente o ex-presidente e a ex-primeira-dama dos Estados Unidos da América (2009-2017). EDELSTEIN, D. The Obama’s Netflix Doc American Factory gestures toward the end of the working world. Vulture, New York, 23 ago. 2019.

É buscando contribuir para a construção do conhecimento acerca da transição de “copiadora” para “desenvolvedora” de tecnologia pela qual passou a China que este artigo possui, como objeto central de análise, a disputa entre o país chinês e os Estados Unidos da América em matéria de propriedade intelectual ocorrida entre 2007 e 2010 através do sistema de resolução de conflitos administrado pela Organização Mundial do Comércio (OMC).

Este trabalho buscará descrever e sistematizar as acusações, discussões, a resolução oferecida à disputa e as manifestações das principais partes envolvidas, propondo, ao fim, a construção de uma análise crítica da situação a partir de uma perspectiva teórica brasileira acerca da proteção de direitos de propriedade intelectual nos campos nacional e internacional.

Para a construção deste estudo, foram utilizados os métodos procedimentais documental e bibliográfico, que adotaram como base material os registros da disputa disponibilizados pela própria Organização Mundial do Comércio além de artigos jornalísticos e científicos disponíveis para consulta a partir da plataforma Scopus. Enquanto perspectiva metodológica de análise, este trabalho adota a lógica dedutiva.

2_UM ACORDO: A ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO

Em Marraquexe, no Marrocos, era 15 de abril de 1994 quando 124 (cento e vinte e quatro) governos e as comunidades europeias participaram da última Rodada Uruguai de Negociações Multilaterais sobre o Comércio, iniciativa do Acordo Geral de Tarifas e Troca (GATT) iniciada oito anos antes, em 20 de setembro de 1986. Naquela data, concluiu-se aquela que se tornaria conhecida como a “Declaração de Marraquexe de 15 de abril de 1994”⁶.

Em linhas gerais, a declaração reconheceu o progresso do encontro, agradeceu a contribuição pessoal de Hassan II, então rei do Marrocos, e afirmou os ideais políticos globais voltados à cooperação para a promoção do comércio internacional. Com maior especificidade, a Declaração de Marraquexe sedimentou o reconhecimento e o valor atribuído à então recém-criada “Organização Mundial do Comércio” (OMC)⁷.

Com o encerramento das negociações, os países então concluíram pela

6 WTO. Marrakesh declaration of 15 april 1994. Geneva: World Trade Organization, 1994a. p. iii.

7 WTO. Marrakesh declaration of 15 april 1994. Geneva: World Trade Organization, 1994a. p. iii-v.

submissão, na medida de suas necessidades e peculiaridades⁸, dos termos dos acordos de criação da OMC às respectivas autoridades nacionais competentes, bem como pela adoção das Declarações e Decisões Ministeriais ali prolatadas⁹.

Diversos foram os tratados assinados conjuntamente à criação do organismo internacional, bem como suas temáticas, que variam de assuntos como agricultura e produtos têxteis a regras sanitárias, medidas de facilitação do comércio, regras relativas a subsídios e, com maior relevância ao objeto deste estudo, direitos de propriedade intelectual.

Indexado enquanto “Anexo 1C” dos Acordos da Rodada Uruguai, o “Acordo sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio”, também conhecido como “Acordo TRIPs”¹⁰, é o maior, mais importante e mais recente Acordo a dispor sobre regras relativas à propriedade intelectual em nível internacional.

2.1_O ACORDO TRIPS

Além de ser o mais recente acordo internacional que aborda a propriedade intelectual de maneira geral, o TRIPs é também considerado um dos principais resultados da última rodada do Acordo Geral de Tarifas e Troca (GATT) no Uruguai, ocorrida no ano de 1994.

Em perspectiva alternativa ao que se esperava, o Acordo mitigou a ideia geral voltada à existência de proteções exclusivas a titulares de tais direitos¹¹ para, em seu lugar, introduzir um sistema que possui como missão a busca pelo contínuo equilíbrio de interesses. Em outras palavras, o TRIPs contém ditames voltados à racionalização de parâmetros considerados capazes de proteger, ao mesmo tempo, titulares de direitos de propriedade intelectual e os demais membros da sociedade, maiores interessados na promoção geral da inovação e da difusão das tecnologias já disponíveis.

8 É interessante notar que os acordos internacionais então celebrados consideraram o estágio de desenvolvimento de cada país em sua aplicabilidade e prazo para adoção integral dos termos celebrados, como expressa o texto do Acordo que estabelece objetivamente a Organização Mundial do Comércio: “Em reconhecimento à necessidade de se empenhar esforços positivos voltados a assegurar que países em desenvolvimento, e especialmente os menos desenvolvidos dentre os quais, assegurem uma parcela no crescimento do comércio internacional que seja proporcional às necessidades de seu desenvolvimento econômico” WTO. Agreement establishing the World Trade Organization. Geneva: World Trade Organization, 1994c. Tradução nossa.

9 WTO. Final act embodying the results of the Uruguay round of multilateral trade negotiations. Geneva: World Trade Organization, 1994b. p. 7.

10 Sigla derivada de seu nome original, em inglês: “Agreement on ‘Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights’”.

11 COREA apud BASSO, M. O direito internacional da propriedade intelectual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. p. 167.

Firmado pela comunidade internacional a fim de propulsionar uma reforma para o sistema de tutela de direitos de propriedade intelectual, o acordo trouxe ao Brasil o impulso para a edição de novos diplomas normativos para a área como um todo.

Inserido no contexto da Organização das Nações Unidas (ONU) e da criação da Organização Mundial do Comércio (OMC), por buscar o equilíbrio de interesses de países desenvolvidos e subdesenvolvidos em matérias relativas à comercialização e transferência de propriedade intelectual¹², o acordo acabou trazendo a transferência de tecnologia como assunto de maior importância para o estabelecimento de relações comerciais no século XXI, recebendo, inclusive, destaque no processo de definição daquela que se consolidava enquanto divisão internacional do trabalho contemporânea.

Se ausente uma uniformização internacional a respeito das normas aplicáveis aos contratos e acordos de transferência de tecnologia, não seria possível o estabelecimento de relações entre empresas locais e multinacionais, impossibilitando, inclusive, a entrada no mercado nacional das mais distintas companhias estrangeiras usuárias de sistemas de *franchising* e outros modelos comparáveis voltados à promoção de processos de desenvolvimento e transferência de tecnologia.

Neste contexto, o TRIPs foi responsável por consolidar princípios gerais da OMC, incluindo o princípio do tratamento geral da nação mais favorecida¹³ e o princípio do tratamento nacional¹⁴. Entretanto, o acordo não definiu de maneira rígida os meios para que se alcançasse as obrigações nele previstas.

Por se tratar de um acordo internacional de imensa abrangência, sua função não é a de regular os assuntos por ele abordados em sua especificidade, mas sim estabelecer uma série de “mínimos” aceitáveis para a harmonia das relações comerciais entre os países.

Assim, o TRIPs conferiu aos membros a prerrogativa de definir suas próprias regras, desde que estas não conflitassem com a matéria acordada. O acordo não é um marco normativo que regula integralmente as modalidades clássicas e contemporâneas da propriedade intelectual, sendo responsável apenas por instituir proteções mínimas indispensáveis a serem respeitadas por seus signatários¹⁵.

12 BARBOSA, D. B. Tratado da propriedade intelectual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 658-662. (t. 1, Uma introdução à propriedade intelectual; Bases constitucionais da propriedade intelectual; A doutrina da concorrência; A propriedade intelectual como um direito de cunho internacional; Propriedade intelectual e tutela da concorrência).

13 “Quaisquer privilégios ou benefícios concedidos aos produtos de uma parte contratante deverão ser estendidos aos produtos similares das demais partes.” LOCATELLI, L. Indicações geográficas: a proteção jurídica sob a perspectiva do desenvolvimento econômico. Curitiba: Juruá, 2008. p. 83.

14 “O tratamento dado aos produtos nacionais não deve ser mais favorável que o tratamento oferecido aos produtos similares importados.” LOCATELLI, L. Indicações geográficas: a proteção jurídica sob a perspectiva do desenvolvimento econômico. Curitiba: Juruá, 2008. p. 83.

15 LOCATELLI, L. Indicações geográficas: a proteção jurídica sob a perspectiva do desenvolvimento econômico. Curitiba: Juruá, 2008. p. 83.

Além do campo puramente material, o acordo se preocupou com a definição de um sistema de solução de controvérsias que se mostrasse capaz de oferecer alternativas para a pacificação de eventuais problemáticas atinentes à matéria.

Para isto, apontou enquanto mecanismo de resolução de conflitos os artigos XXII e XXIII do Acordo Geral de Tarifas e Comércio, originalmente celebrado em 1947 e reafirmado com novos entendimentos em 1994, que estabelece normas facultativas, define soluções abertas e oferece distintos períodos transitórios de implementação, todos com a finalidade máxima de oferecer opções viáveis à convivência e manutenção do *status* conciliatório dos distintos interesses de seus membros.

2.2_O SISTEMA DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS DA OMC

O art. XXII do GATT prevê, desde a primeira versão, em seu dispositivo XXII, a possibilidade de as partes contratantes realizarem consultas com relação a qualquer matéria que porventura esteja afetando os efeitos do tratado assinado. Neste sentido, o dispositivo fixa que todas as partes contratantes deverão examinar “com compreensão as representações que lhe sejam encaminhadas” e “se prestar a consultas a respeito daquelas representações”¹⁶ para que a consulta seja realizada:

Article XXII Consultation

1_ *Each contracting party shall accord sympathetic consideration to, and shall afford adequate opportunity for consultation regarding, such representations as may be made by another contracting party with respect to any matter affecting the operation of this Agreement.*

2_ *The CONTRACTING PARTIES may, at the request of a contracting party, consult with any contracting party or parties in respect of any matter for which it has not been possible to find a satisfactory solution*

16 Em português: “ARTIGO XXII. CONSULTAS. 1. Cada Parte Contratante examinará com compreensão as representações que lhe sejam encaminhadas por qualquer outra Parte Contratante e deverá se prestar a consultas a respeito daquelas representações, desde que elas digam respeito a questões relativas à aplicação do presente Acordo. 2. As Partes Contratantes poderão, a pedido de uma das Partes Contratantes, entrar em entendimentos com uma ou várias Partes Contratantes sobre questões para as quais a solução satisfatória não poderia ser alcançada através das consultas previstas no parágrafo primeiro.” BRASIL. Acordo geral sobre tarifas aduaneiras e comércio 1947 (GATT 1947). Brasília, DF: Siscomex, maio 2021. [p. 32]. Grifo do original.

through consultation under paragraph 1.¹⁷

Basicamente, o sistema de consultas obriga os países signatários a colaborarem uns com os outros no processo de diagnóstico e constatação de possíveis violações ao conteúdo do acordo geral.

Se não receberem uma resposta satisfatória em momento inicial, a segunda parte do dispositivo concede às partes a prerrogativa de também requerer consulta a qualquer outra parte a respeito de qualquer matéria, sendo possível buscar diretamente a parte que estiver afetando os efeitos do tratado ou se aliar a outras partes para que seja oferecida resposta à consulta em questão.

O dispositivo seguinte enrijece o tratamento e oferece uma primeira medida. Se um país signatário do tratado constatar que os benefícios derivados deste estiverem sendo direta ou indiretamente prejudicados ou anulados em razão da falha de outro membro em cumprir suas obrigações, seja por meio de ação ou omissão, ele poderá apresentar representação propositiva aos demais signatários interessados para que medidas possam ser tomadas.

Article XXIII

Nullification or Impairment

1_ *If any contracting party should consider that any benefit accruing to it directly or indirectly under this Agreement is being nullified or impaired or that the attainment of any objective of the Agreement is being impeded as the result of*

(a) *the failure of another contracting party to carry out its obligations under this Agreement, or*

(b) *the application by another contracting party of any measure, whether or not it conflicts with the provisions of this Agreement, or*

(c) *the existence of any other situation,*

the contracting party may, with a view to the satisfactory adjustment of the matter, make written representations or proposals to the other contracting party or parties which it considers to be concerned. Any contracting party thus approached shall give sympathetic consideration to the representations or proposals made to it.

2_ *If no satisfactory adjustment is effected between the contracting parties concerned within a reasonable time, or if the difficulty is of the type*

17 WTO. General Agreement on Tariffs and Trade: Text of the General Agreement. Geneva: World Trade Organization, 1986. p. 39.

described in paragraph 1 (c) of this Article, the matter may be referred to the CONTRACTING PARTIES. The CONTRACTING PARTIES shall promptly investigate any matter so referred to them and shall make appropriate recommendations to the contracting parties which they consider to be concerned, or give a ruling on the matter, as appropriate. The CONTRACTING PARTIES may consult with contracting parties, with the Economic and Social Council of the United Nations and with any appropriate inter-governmental organization in cases where they consider such consultation necessary. If the CONTRACTING PARTIES consider that the circumstances are serious enough to justify such action, they may authorize a contracting party or parties to suspend the application to any other contracting party or parties of such concessions or other obligations under this Agreement as they determine to be appropriate in the circumstances. If the application to any contracting party of any concession or other obligation is in fact suspended, that contracting party shall then be free, not later than sixty days after such action is taken, to give written notice to the Executive Secretary¹ to the CONTRACTING PARTIES of its intention to withdraw from this Agreement and such withdrawal shall take effect upon the sixtieth day following the day on which such notice is received by him.^{18 19}

18 WTO. General Agreement on Tariffs and Trade: Text of the General Agreement. Geneva: World Trade Organization, 1986. p. 39-40.

19 Em português: "ARTIGO XXIII. PROTEÇÃO DE CONCESSÕES E VANTAGENS. 1. No caso de uma Parte Contratante considerar que uma vantagem qualquer resultante para ela, direta ou indiretamente, do presente Acordo, está sendo anulada ou reduzida, ou que um dos objetivos do Acordo está sendo dificultado, em consequência: (a) do não cumprimento por outra das Partes Contratantes dos compromissos pela mesma assumidos em virtude do presente Acordo; (b) da aplicação por outra das Partes Contratantes de uma medida, contrária ou não às disposições do presente Acordo; ou (c) da existência de qualquer outra situação, dita Parte Contratante, a fim de obter solução satisfatória para a questão, poderá dirigir representações ou propostas por escrito à outra ou outras Partes Contratantes que lhe parecerem interessadas. Qualquer Parte Contratante, por essa forma interpelada, examinará, com boa vontade, as representações ou propostas que lhe tenham sido dirigidas. 2. Se as Partes Contratantes interessadas não chegarem a um Acordo satisfatório dentro de um prazo razoável, ou se a dificuldade for uma das previstas no § 1 (c) deste artigo, a questão poderá ser submetida às Partes Contratantes. As Partes Contratantes iniciarão, sem demora, uma investigação sobre qualquer assunto que lhes seja submetido e, se julgarem conveniente, dirigirão recomendações especiais e apropriadas às partes Contratantes que julguem interessadas, ou baixarão normas sobre a questão. As Partes Contratantes, quando acharem necessário, poderão efetuar consultas com as outras Partes Contratantes, com o Conselho Econômico e Social das Nações Unidas e com qualquer outra organização intergovernamental competente. Se elas consideram que as circunstâncias são suficientemente graves para justificar uma tal medida, poderão autorizar uma ou várias Partes Contratantes a suspender, com respeito a tal outra ou tais outras Partes Contratantes, a aplicação de qualquer concessão ou outra obrigação resultante do Acordo geral cuja suspensão justificada elas examinarão, levando em conta as circunstâncias. Se uma tal concessão ou outra obrigação, for efetivamente suspensa com respeito a uma Parte Contratante, será permitido à referida Parte Contratante, no prazo de 60 dias, a contar da data da aplicação desta suspensão, notificar por escrito ao Secretário Executivo⁴ das Partes Contratantes, sua intenção de denunciar o Acordo geral; esta denúncia se efetuará ao término do prazo de 60 dias, contados a partir da data em que o Secretário executivo das Partes Contratantes tiver recebido a aludida notificação." BRASIL. Acordo geral sobre tarifas aduaneiras e comércio 1947 (GATT 1947). Brasília, DF: Siscomex, maio 2021. [p. 32-33]. Grifo do original.

Caso, tomada a iniciativa voltada à mediação de interesses, esta se resulte infrutífera, todas as partes contratantes serão chamadas a investigar a matéria e decidir propostas e recomendações voltadas à resolução da demanda.

Se, então, a situação evoluir ao ponto de ser considerada suficientemente grave, o país poderá ser suspenso do Acordo, passando então a não mais receber os benefícios ou ser objeto das obrigações caso estes se mostrem justificadamente apropriados às circunstâncias e abrindo a possibilidade para que a parte suspensa requeira sua retirada do tratado ao Secretário Executivo. Nesse processo, as partes interessadas podem consultar o Conselho Econômico e Social das Nações Unidas e qualquer organização intergovernamental cuja atuação considerem necessária.

3_A DISPUTA “EUA VS. CHINA” (2007-2010) NA OMC

Em dezembro de 2001, a China passou a oficialmente ostentar o título de membro da Organização Mundial do Comércio. Naquele momento, as expectativas globais, em especial, dos Estados Unidos da América, giravam em torno da exploração do mercado consumidor chinês²⁰. A entrada da China na OMC representou, para o resto do mundo, uma imensa oportunidade, um novo mercado para se exportar, visto que agora as tarifas alfandegárias seriam reduzidas e o acesso aos mercados seria objetivamente regulado e facilitado pelo Estado chinês. Tratava-se da conclusão de um longo processo de negociação iniciado mais de vinte anos antes, em 1979²¹.

Contudo, a expectativa de exploração do mercado chinês não se consumou exatamente da maneira que a hegemonia ocidental previra: em movimento reverso, foram os mercados ocidentais que então passaram a ser tomados por importações origem chinesa²². Em relatório publicado em 2012, Joseph Casey, pesquisador para questões econômicas e comerciais vinculado ao U.S.-China *Economic and Security Review Commission*²³, agência independente vinculada ao governo dos EUA, detalhou suas conclusões a partir da análise de dados referentes ao comércio internacional no período de 2000 a 2011.

20 CASEY, J. Patterns in U.S.-China trade since China's accession to the World Trade Organization. [s. l.]: U.S.-China Economic and Security Review Commission Staff Research Report, nov. 2012. p. 1.

21 CHEN, C.; MAXWELL, T. A. Three decades of bilateral copyright negotiations: Mainland China and the United States. *Government Information Quarterly*, n. 27, p. 196-207, 2010. p. 196-198.

22 CASEY, J. Patterns in U.S.-China trade since China's accession to the World Trade Organization. [s. l.]: U.S.-China Economic and Security Review Commission Staff Research Report, nov. 2012. p. 1.

23 “Comissão de Revisão Econômica e de Segurança Estados Unidos-China” (tradução nossa).

De fato, atendendo às expectativas, as exportações dos EUA para a China mais do que quintuplicaram no período, contudo, foram em muito superadas, ao ponto de se mostrarem pequenas, em comparação às importações que os EUA fizeram da China no mesmo período²⁴.

O país americano passou a observar aumento vertiginoso nas exportações de produtos não industrializados para a China, ao passo que as importações de produtos industrializados da China nos EUA também observaram o mesmo aumento, que foi acompanhado de significativo decréscimo nas exportações de produtos industrializados para o país chinês²⁵. Dessa forma, como aduz Casey²⁶, a análise dos dados conduziu à constatação de que as importações chinesas subiram na cadeia de valores, em especial por importações na área de computadores e outros eletrônicos consumíveis. O pesquisador ressalva, entretanto, que, na maior parte, a categoria de destaque das importações, na área de tecnologia, na realidade se tratava de uma estratégia de produção de multinacionais, em cujos processos produtivos se integravam componentes de origens diversas ao redor do globo, um fato que não necessariamente se refletiu objetivamente nas estatísticas.

Em conclusão ao relatório, Casey²⁷ acredita que as mudanças observadas são parte de um processo gerado a partir do deslocamento de indústrias americanas de baixa e média complexidade para o país chinês ao longo da década, fenômeno que fez com que a China absorvesse larga parcela da capacidade produtiva dos Estados Unidos, ao que conclui: *“U.S. manufacturers continue to maintain a competitive position in many higher-technology products, but whether or not the United States can maintain this technological edge will rely greatly on future market trends, as well as U.S. and Chinese trade policies”*²⁸, consolidando o pensamento segundo o qual tal dinâmica afetará, futuramente, a posição hegemônica que ocupa os EUA na liderança do mercado de tecnologia internacional e, conseqüentemente, a posição que ocupam na divisão internacional do trabalho.

24 CASEY, J. Patterns in U.S.-China trade since China’s accession to the World Trade Organization. [s. l.]: U.S.-China Economic and Security Review Commission Staff Research Report, nov. 2012. p. 1.

25 CASEY, J. Patterns in U.S.-China trade since China’s accession to the World Trade Organization. [s. l.]: U.S.-China Economic and Security Review Commission Staff Research Report, nov. 2012. p. 1.

26 CASEY, J. Patterns in U.S.-China trade since China’s accession to the World Trade Organization. [s. l.]: U.S.-China Economic and Security Review Commission Staff Research Report, nov. 2012. p. 1.

27 CASEY, J. Patterns in U.S.-China trade since China’s accession to the World Trade Organization. [s. l.]: U.S.-China Economic and Security Review Commission Staff Research Report, nov. 2012. p. 57-58.

28 Em português: “Indústrias americanas continuam a manter sua posição competitiva em muitos produtos de mais alta tecnologia, mas se os Estados Unidos irão ou não manter essa tecnologia de ponta dependerá muito das tendências de mercado futuras, e das políticas para o comércio adotadas pelos EUA e pela China” CASEY, J. Patterns in U.S.-China trade since China’s accession to the World Trade Organization. [s. l.]: U.S.-China Economic and Security Review Commission Staff Research Report, nov. 2012. p. 58. Tradução nossa.

Neste momento, serão apresentados os acontecimentos observados no desenvolver da disputa EUA vs. China apreciado pelo Órgão de Solução de Controvérsias da OMC entre 2007 e 2010. Todos os documentos consultados para a construção deste trabalho foram obtidos através de endereços eletrônicos titularizados e administrados pela OMC.

Em 10 de abril de 2007, os Estados Unidos da América comunicaram ao Chairman do Órgão de Solução de Controvérsias da Organização Mundial do Comércio suas preocupações relativas a diversas leis chinesas que, naquela data, assumiam a função de regular no país as medidas tomadas em prol do combate à pirataria nas mais distintas matérias²⁹.

Naquele momento, a preocupação não se centrava na insuficiência da norma, mas sim nas restrições³⁰ que a norma enfrentaria no exercício de suas atribuições o que, na prática, impossibilitava um efetivo controle da matéria por parte do Estado e permitia a violação indiscriminada de diversos direitos de propriedade intelectual, segmento que representa os bens de maior valor agregado no mercado internacional contemporâneo.

Assim, na reclamação original se encontram dispostas três³¹ problemáticas centrais.

A_PROBLEMÁTICAS NA LEI CRIMINAL CHINESA

No aspecto criminal, a reclamação aponta que a lei chinesa sofria de sérios problemas relativos à tipificação das condutas delituosas relativas à propriedade intelectual. A análise inicial oferecida pelos EUA diagnosticou relevante quantidade de tipificações condicionadas a expressões de conteúdo aberto ou subjetivo, incluindo expressões de significado próximo a “se as circunstâncias forem especialmente sérias”, “se a quantidade de vendas for absurda”, “se a quantidade de ganhos ilegais for relativamente grande, e se existirem outras circunstâncias sérias” e “se a quantidade de ganhos ilegais for gigantesca e se existirem circunstâncias especialmente sérias”³².

Na prática, o uso de tais expressões na norma criminal criava imenso vácuo no qual o controle a ser exercido pelo Estado poderia ser creditado exclusivamente ao arbítrio de seu julgador, impossibilitando, em parte imensa dos casos, a

29 WTO. Request for Consultations by the United States. Geneva: World Trade Organization, 16 abr. 2007a. [China - Measures affecting the protection and enforcement of intellectual property rights].

30 WTO. Request for Consultations by the United States. Geneva: World Trade Organization, 16 abr. 2007a. p. 1-6. [China - Measures affecting the protection and enforcement of intellectual property rights].

31 Originalmente se tratava de quatro questões, contudo, a primeira e a quarta foram analisadas em um único quesito por se concentrarem em discussões sobre a lei criminal chinesa.

32 WTO. Request for Consultations by the United States. Geneva: World Trade Organization, 16 abr. 2007a. p. 1-2. [China - Measures affecting the protection and enforcement of intellectual property rights].

responsabilização daqueles que de fato haviam cometido atos de contrafação e violação de direitos de propriedade intelectual.

Isto ocorre em parte porque não há, na legislação chinesa, qualquer definição para termos como “sério”, “especialmente sério”, “grande”, “imenso”. Na prática, os termos eram definidos a partir do sentido que dois precedentes, um datado de dezembro de 2004 e outro de abril de 2007, haviam adotado, o que conduzia o julgamento à noção de “volume de negócios ilegais” e “ganhos ilegais”³³.

Em última instância, as violações poderiam ser consideradas “sérias” ou, em outros termos, relevantes apenas quando o preço dos bens falsificados fosse economicamente relevante, não importando, nesse caso, os valores dos produtos originais que foram objeto da contrafação³⁴.

A resposta do mercado foi uma singela adaptação: ganhar na quantidade, não na qualidade. Quanto menor o preço, mais o violador de direitos de propriedade intelectual poderá oferecer ao mercado sem ser enquadrado na tipificação disposta pela lei criminal chinesa, logo, não haveria qualquer punição e seu negócio poderia prosperar como se legalizado fosse³⁵.

Outro vício grave relativo à redação e o conteúdo da lei criminal chinesa se concentrava em matéria de direitos autorais. Não havia qualquer definição de procedimento ou mesmo tipificação criminal para aquele que reproduzia ou distribuía ilegalmente bens protegidos por direitos autorais. A tipificação chinesa, de maneira restritiva, tipificava apenas a realização conjunta dos atos (“reprodução e distribuição”), não considerando violação passível de tutela criminal a ação isolada³⁶.

Levando-se em consideração a complexidade da cadeia produtiva contemporânea, não é difícil concluir que a norma em questão se apresentaria inaplicável no caso prático.

33 WTO. Request for Consultations by the United States. Geneva: World Trade Organization, 16 abr. 2007a. p. 1-2. [China - Measures affecting the protection and enforcement of intellectual property rights].

34 WTO. Request for Consultations by the United States. Geneva: World Trade Organization, 16 abr. 2007a. p. 1-2. [China - Measures affecting the protection and enforcement of intellectual property rights].

35 WTO. Request for Consultations by the United States. Geneva: World Trade Organization, 16 abr. 2007a. p. 2. [China - Measures affecting the protection and enforcement of intellectual property rights].

36 WTO. Request for Consultations by the United States. Geneva: World Trade Organization, 16 abr. 2007a. p. 6. [China - Measures affecting the protection and enforcement of intellectual property rights].

B_A POSSIBILIDADE DE REINTRODUÇÃO DE BENS APREENDIDOS NO MERCADO

Outra problemática identificada pelo país americano diz respeito ao processo de confisco e descarte dos bens identificados como violadores de direitos de propriedade intelectual. Em linhas gerais, o sistema permitia que tais bens fossem processados para que o aspecto causador da violação fosse removido e, obedecido tal procedimento, poderiam então ser leiloados e, eventualmente, retornar ao mercado³⁷.

Trata-se de uma problemática de ordem legal e administrativa. A preocupação americana se concentrava na possibilidade de se relevar violações em prol da preservação dos bens de mercado cuja “característica violadora” fosse passível de ser removida.

Somente na sua total impossibilidade seriam os bens descartados, o que levanta discussões a respeito do que seria considerado suficiente no processo de remoção de tais características, ensejando situações nas quais produtos violadores de propriedade intelectual alheia poderiam ser comercializados em vista da autoridade não mais os considerá-los substancialmente delituosos.

Ainda que potencialmente restritos ao mercado interno chinês, uma vez que a apreensão e descarte é medida perfeitamente razoável em processo de combate à contrafação e demais violações, a postura chinesa significava imenso desprezo a diversos interesses econômicos, sobretudo estrangeiros, o que motivou justificadamente a reclamação³⁸.

C_A RECUSA CHINESA AO RECONHECIMENTO DE DIREITOS AUTORAIS ESTRANGEIROS

Em postura distinta àquela adotada por outros países signatários do Acordo, a China condicionava a proteção jurídica conferida aos autores a critérios alheios à fixação do conteúdo autoral.

Desta forma, caso uma obra destinada à comercialização no mercado chinês não fosse aprovada pela censura realizada pelo governo ou se algum procedimento prévio à publicação fosse objeto de problemas junto às autoridades locais, a obra não receberia tutela jurisdicional, os autores não receberiam o reconhecimento de

37 WTO. Request for Consultations by the United States. Geneva: World Trade Organization, 16 abr. 2007a. p. 3. [China - Measures affecting the protection and enforcement of intellectual property rights].

38 WTO. Request for Consultations by the United States. Geneva: World Trade Organization, 16 abr. 2007a. p. 3. [China - Measures affecting the protection and enforcement of intellectual property rights].

seus direitos e, na prática, o vazamento da obra já seria suficiente para que fosse introduzida e explorada ilegalmente no mercado sem que isto representasse qualquer tipo de consequência aos violadores dos direitos em questão³⁹.

A questão se mostrou altamente problemática, afetando grande quantidade de leis vigentes na China, incluindo normas relativas aos direitos autorais, a lei penal, regulamentos administrativos relativos a produtos audiovisuais, normas relacionadas à publicidade e publicidade eletrônica, normas relativas ao procedimento para importação de produtos de áudio e vídeo, normas administrativas relativas ao procedimento para exame e aprovação de publicações eletrônicas, suas gravações e itens licenciados por estrangeiros, normas relativas ao uso da internet etc.⁴⁰

Em meio a tudo isso, os EUA identificaram que a questão não apenas era devida complexa, mas também objeto de problemática subdivisão em âmbito interno. A China adotava procedimentos distintos para reconhecimento e regularização de obras nacionais e estrangeiras, o que fazia com que nacionais recebessem tratamento favorável, ao passo que estrangeiros seriam prejudicados, violando objetivamente o princípio do tratamento nacional consagrado pelo Acordo em pauta e também o art. 5(1) da Convenção de Berna para a Proteção de Obras Artísticas e Literárias, de 1971⁴¹.

Expostas as problemáticas centrais, retorna-se à exposição da cronologia dos fatos ocorridos no caso em análise.

Em 24 de abril de 2007, o Japão requereu participação na consulta junto dos EUA⁴², requerimento no qual foi seguido três dias depois pelo México, Canadá e pelas Comunidades Europeias^{43 44 45}. Um mês e um dia depois, em 25 de maio, a China então aceitou oficialmente todos os pedidos de participação na consulta⁴⁶.

Estabelecido o procedimento inicial, os representantes estadunidenses se reuniram aos chineses nos dias 7 e 8 de junho de 2007 para oferecimento de uma

39 WTO. Request for Consultations by the United States. Geneva: World Trade Organization, 16 abr. 2007a. p. 3-4. [China - Measures affecting the protection and enforcement of intellectual property rights].

40 WTO. Request for Consultations by the United States. Geneva: World Trade Organization, 16 abr. 2007a. p. 3-4. [China - Measures affecting the protection and enforcement of intellectual property rights].

41 WTO. Request for Consultations by the United States. Geneva: World Trade Organization, 16 abr. 2007a. p. 5. [China - Measures affecting the protection and enforcement of intellectual property rights].

42 WTO. Request to Join Consultations - Communication from Japan. Geneva: World Trade Organization, 24 abr. 2007b. [China - Measures affecting the protection and enforcement of intellectual property rights].

43 WTO. Request to Join Consultations - Communication from Mexico. Geneva: World Trade Organization, 27 abr. 2007c. [China - Measures affecting the protection and enforcement of intellectual property rights].

44 WTO. Request to Join Consultations - Communication from Canada. Geneva: World Trade Organization, 27 abr. 2007d. [China - Measures affecting the protection and enforcement of intellectual property rights].

45 WTO. Request to Join Consultations - Communication from the European Communities. Geneva: World Trade Organization, 27 abr. 2007e. [China - Measures affecting the protection and enforcement of intellectual property rights].

46 WTO. Acceptance by China of the Requests to Join Consultations. Geneva: World Trade Organization, 25 maio 2007f. [China - Measures affecting the protection and enforcement of intellectual property rights].

consulta direta, que se mostrou insuficiente à resolução da disputa⁴⁷. Neste sentido, manifestaram-se os EUA junto ao órgão em 13 de agosto do mesmo ano para fins de reafirmação das problemáticas anteriores e também para oferecer reconhecimento de que, mesmo com o estabelecimento da consulta, os chineses se mostraram incapazes de oferecer solução aos problemas apontados⁴⁸.

Dada a ineficácia da consulta, em 25 de setembro de 2007 o Órgão de Solução de Controvérsias estabeleceu então um júri que seria então encarregado de examinar a questão⁴⁹. No procedimento, doze países foram listados enquanto terceiros interessados com direitos de reserva na participação dos procedimentos do júri, dentre os quais figurou o Brasil⁵⁰.

Apesar de seu estabelecimento em setembro, o júri foi formalmente constituído apenas em 13 de dezembro de 2007⁵¹. Nos termos do art. 12.8 do Entendimento sobre as Regras e Procedimentos relativos à Resolução de Disputas firmado pelo Acordo, o júri receberia então apenas seis meses de prazo máximo para oferecimento de seu relatório final⁵².

Contudo, em 16 de julho de 2008, o *chairman* do órgão em questão proferiu comunicado esclarecendo que, em obediência à prerrogativa estabelecida no art. 12.9 do mesmo entendimento, por diversas razões a entrega do relatório haveria de ser postergada, sendo a expectativa naquele momento a entrega no mês de novembro de 2008⁵³.

Com dois meses de atraso e contendo um total de 315 laudas estruturadas em um documento principal e quatro anexos, o relatório foi entregue pelo júri apenas em 26 de janeiro de 2009⁵⁴.

47 WTO. Request for the Establishment of a Panel by the United States. Geneva: World Trade Organization, 21 ago. 2007g. [China - Measures affecting the protection and enforcement of intellectual property rights].

48 WTO. Request for the Establishment of a Panel by the United States. Geneva: World Trade Organization, 21 ago. 2007g. [China - Measures affecting the protection and enforcement of intellectual property rights].

49 WTO. Constitution of the Panel Established at the Request of the United States - Note by the Secretariat. Geneva: World Trade Organization, 13 dez. 2007h. [China - Measures affecting the protection and enforcement of intellectual property rights].

50 WTO. Constitution of the Panel Established at the Request of the United States - Note by the Secretariat. Geneva: World Trade Organization, 13 dez. 2007h. [China - Measures affecting the protection and enforcement of intellectual property rights].

51 WTO. Communication from the Chairman of the Panel. Geneva: World Trade Organization, 18 jul. 2008. [China - Measures affecting the protection and enforcement of intellectual property rights].

52 WTO. Communication from the Chairman of the Panel. Geneva: World Trade Organization, 18 jul. 2008. [China - Measures affecting the protection and enforcement of intellectual property rights].

53 WTO. Communication from the Chairman of the Panel. Geneva: World Trade Organization, 18 jul. 2008. [China - Measures affecting the protection and enforcement of intellectual property rights].

54 WTO. Report of the Panel. Geneva: World Trade Organization, 26 jan. 2009a. [China - Measures affecting the protection and enforcement of intellectual property rights].

No relatório, o júri concluiu que, de fato, em matéria de direitos autorais, a China se encontrava, naquele momento, em objetiva violação ao Acordo TRIPs. Contudo, com relação às questões relacionadas à tipificação criminal chinesa concernente à matéria, o júri considerou que os EUA foram incapazes de demonstrar que os padrões de tipificação criminal da China são inconsistentes com a normativa internacional⁵⁵.

Com relação à questão autoral alfandegária, no entanto, consideraram que as afirmações estadunidenses se mostraram parcialmente procedentes, por não se mostrarem consistentes ao previsto pelo Acordo⁵⁶.

Em sua conclusão, o júri ressalta que não tomou como tarefa, em momento algum, a de determinar a existência ou o nível de contrafação e pirataria em ocorrência na China ou mesmo a tarefa de revisar o desejo por uma regulamentação estrita em matéria de propriedade intelectual⁵⁷. O júri destaca que se ateve às três deficiências específicas no regulamento chinês apontadas pelos EUA, restringindo-se o parecer à discussão de tais problemáticas.

Enquanto conclusão final, o júri então decidiu oferecer a recomendação de que fosse feito uso do art. 19.¹⁵⁸ do Entendimento supramencionado para que a China fosse então compelida a modificar suas leis relativas aos direitos autorais e procedimentos alfandegários com vistas a obter adequação quanto ao disposto no acordo TRIPs⁵⁹.

Em 20 de março, então, o Órgão de Solução de Controvérsias oficialmente aprovou e adotou o relatório do júri, que foi então expedido no dia 27 do mesmo mês⁶⁰.

Quase três semanas depois, em 15 de abril a China comunicou ao Órgão de Solução de Controvérsias a informação de que havia empregado esforços para adotar todas as recomendações e decisões expressas no procedimento de consulta na OMC⁶¹.

Ao final do comunicado, a China reafirma o compromisso e intenção de implementar tudo o que fora recomendado, destacando que suas autoridades

55 WTO. Report of the Panel. Geneva: World Trade Organization, 26 jan. 2009a. [China - Measures affecting the protection and enforcement of intellectual property rights].

56 WTO. Report of the Panel. Geneva: World Trade Organization, 26 jan. 2009a. [China - Measures affecting the protection and enforcement of intellectual property rights].

57 WTO. Report of the Panel. Geneva: World Trade Organization, 26 jan. 2009a. [China - Measures affecting the protection and enforcement of intellectual property rights]. p. 134-135.

58 “Article 19. Panel and Appellate Body Recommendations. 1. Where a panel or the Appellate Body concludes that a measure is inconsistent with a covered agreement, it shall recommend that the Member concerned bring the measure into conformity with that agreement. In addition to its recommendations, the panel or Appellate Body may suggest ways in which the Member concerned could implement the recommendations.” WTO. Understanding on rules and procedures governing the settlement of disputes. Geneva: World Trade Organization, 1994f. p. 365.

59 WTO. Report of the Panel. Geneva: World Trade Organization, 26 jan. 2009a. [China - Measures affecting the protection and enforcement of intellectual property rights]. p. 134-135.

60 WTO. Panel Report - Action by the Dispute Settlement Body. Geneva: World Trade Organization, 27 mar. 2009b. [China - Measures affecting the protection and enforcement of intellectual property rights].

61 WTO. Communication from China. Geneva: World Trade Organization, 15 abr. 2009c. [China - Measures affecting the protection and enforcement of intellectual property rights].

competentes estariam, naquele momento, avaliando opções e suas respectivas viabilidades para uma resolução pronta e eficiente das problemáticas reconhecidas⁶².

Neste sentido, o país chinês deixou claro que precisaria de tempo razoável para realizar todas as adaptações necessárias, sendo que sua delegação se mostraria aberta a discutir a matéria com os EUA nos termos do art. 21.3(b)⁶³ do Entendimento⁶⁴.

Em 8 de maio de 2009, China e EUA concordaram acerca dos termos através dos quais seria decidido o prazo para implementação das recomendações. Neste sentido, os países concordaram que, caso não conseguissem encontrar um meio termo ou acordo para a fixação do prazo, este seria então apontado por um árbitro, que receberia 60 dias para realizar a definição e fundamentação acerca do tempo necessário para promoção das adequações necessárias⁶⁵.

Contudo, o árbitro não foi necessário. Em 29 de junho de 2009, representantes das duas delegações emitiram comunicado segundo o qual o prazo foi fixado em comum acordo. Assim, o prazo definido para que a China pudesse realizar a total implementação as recomendações proferidas pelo Órgão de Solução de Controvérsias foi o dia 20 de março de 2010, exatos doze meses após a adoção oficial do relatório do júri⁶⁶.

Passados seis meses, em 7 de janeiro de 2010 a delegação chinesa emite ao chairman do órgão um relatório de acompanhamento referente ao processo de adoção e implementação das recomendações e decisões oferecidas⁶⁷. Dada a proximidade da data limite, a delegação chinesa passou a comunicar relatórios mensais de mesmo conteúdo, realizando-os novamente nos meses de fevereiro⁶⁸ e março⁶⁹.

62 WTO. Communication from China. Geneva: World Trade Organization, 15 abr. 2009c. [China - Measures affecting the protection and enforcement of intellectual property rights].

63 “Article 21. Surveillance of Implementation of Recommendations and Rulings [...] 3. At a DSB meeting held within 30 days after the date of adoption of the panel or Appellate Body report, the Member concerned shall inform the DSB of its intentions in respect of implementation of the recommendations and rulings of the DSB. If it is impracticable to comply immediately with the recommendations and rulings, the Member concerned shall have a reasonable period of time in which to do so. The reasonable period of time shall be: [...] (b) a period of time mutually agreed by the parties to the dispute within 45 days after the date of adoption of the recommendations and rulings” WTO. Understanding on rules and procedures governing the settlement of disputes. Geneva: World Trade Organization, 1994f. p. 366.

64 WTO. Communication from China. Geneva: World Trade Organization, 15 abr. 2009c. [China - Measures affecting the protection and enforcement of intellectual property rights].

65 WTO. Communication from China and the United States Concerning Article 21.3(c) of the DSU. Geneva: World Trade Organization, 12 maio 2009d. [China - Measures affecting the protection and enforcement of intellectual property rights].

66 WTO. Communication from China and the United States Concerning Article 21.3(b) of the DSU. Geneva: World Trade Organization, 3 jul. 2009e. [China - Measures affecting the protection and enforcement of intellectual property rights].

67 WTO. Status Report by China. Geneva: World Trade Organization, 8 jan. 2010a. [China - Measures affecting the protection and enforcement of intellectual property rights].

68 WTO. Status Report by China - Addendum. Geneva: World Trade Organization, 8 fev. 2010b. [China - Measures affecting the protection and enforcement of intellectual property rights].

69 WTO. Status Report by China - Addendum. Geneva: World Trade Organization, 9 mar. 2010c. [China - Measures affecting the protection and enforcement of intellectual property rights].

Os relatórios comunicavam que as matérias discutidas na disputa se encontravam, naquele momento, em processo de edição legislativa voltado à promoção de alterações à lei de direitos autorais e também das regras alfandegárias relativas à proteção da propriedade intelectual. Ou seja, a matéria já havia sido submetida ao Conselho de Estado chinês, mas ainda não havia sido objeto de exame.

Por fim, os comunicados ressaltam que China continuaria trabalhando na tomada das medidas apropriadas em acordo com os procedimentos legislativos internos aptos a promover uma solução à matéria. No entanto, o terceiro comunicado, proferido em 8 de março, trazia um avanço com relação à disputa. O relatório informava que, em 26 de fevereiro, na décima terceira reunião do Comitê Permanente da Assembleia Popular Nacional da República da China, foi oficialmente adotada a proposta de emenda à Lei de *Copyright* chinesa, em cujo conteúdo se concentravam as preocupações e recomendações apontadas pelo Órgão de Solução de Controvérsias em seu relatório⁷⁰.

Contudo, especificamente com relação à matéria alfandegária, o relatório ressalta que estas ainda seguem pendentes para exame por parte do Conselho de Estado, terminando por afirmar, novamente, que a China continuaria trabalhando na alteração de seus regulamentos através de seus processos legislativos internos.

Vencido o prazo em 20 de março, em 8 de abril as delegações chinesa e estadunidense emitem um comunicado através do qual expressam sua concordância na adoção dos procedimentos previstos nos artigos 21 e 22 do Entendimento para fins de resolução da disputa.

Divididos em onze tópicos, os procedimentos em questão seriam:

1_ Caso os Estados Unidos considerem que a situação descrita no Artigo 21.5⁷¹ do Entendimento de Solução de Controvérsias (ESC)

70 WTO. Status Report by China - Addendum. Geneva: World Trade Organization, 9 mar. 2010c. [China - Measures affecting the protection and enforcement of intellectual property rights].

71 Art. 21.5: "Where there is disagreement as to the existence or consistency with a covered agreement of measures taken to comply with the recommendations and rulings such dispute shall be decided through recourse to these dispute settlement procedures, including wherever possible resort to the original panel. The panel shall circulate its report within 90 days after the date of referral of the matter to it. When the panel considers that it cannot provide its report within this time frame, it shall inform the DSB in writing of the reasons for the delay together with an estimate of the period within which it will submit its report." Em português: "Quando houver desacordo quanto à existência ou consistência com um acordo de medidas vigentes tomadas para cumprir as recomendações e decisões advindas de tal controvérsia serão decididas por meio dos procedimentos de solução de controvérsias, inclusive, sempre que possível, recorrendo-se ao painel original. O painel deve divulgar o seu relatório no prazo de 90 dias após a data de envio da questão para ele. Quando o painel constatar que não conseguirá fornecer seu relatório dentro desse prazo, deverá informar ao CSD por escrito das razões do atraso, juntamente com uma estimativa do prazo dentro do qual apresentará seu relatório." WTO. Understanding on rules and procedures governing the settlement of disputes. Geneva: World Trade Organization, 1994f. p. 367.

existe, os Estados Unidos solicitarão consultas, que as partes na controvérsia realizarão no prazo de 18 dias a contar da data de circulação do pedido. As partes na controvérsia concordam que, ao final do período de 18 dias para consultas, caso uma das partes assim o declare, as partes na controvérsia considerarão imediatamente e em conjunto que tais consultas não resolveram a controvérsia. Consequentemente, os Estados Unidos podem, a qualquer momento, após o fracasso das consultas para resolver a disputa solicitar o estabelecimento de um painel nos termos do Artigo 21.5 do ESC.

2_ Na primeira reunião do Corpo de Solução de Disputas (CSD) em que os EUA solicitarem o estabelecimento do procedimento previsto pelo Artigo 21.5 do ESC, a China aceitará a criação desse painel.

3_ As partes na controvérsia devem cooperar para permitir que o painel do Artigo 21.5 circule seu relatório dentro de 90 dias do estabelecimento do painel, excluindo o tempo durante o qual o trabalho do painel pode ser suspenso de acordo com o Artigo 12.12 do ESC.

4_ Qualquer uma das partes na controvérsia pode solicitar ao CSD que adote o relatório do painel do Artigo 21.5 em uma reunião do CSD realizada pelo menos 20 dias após a circulação do relatório aos Membros, a menos que parte recorra do relatório.

5_ Em caso de apelação do relatório do painel do Artigo 21.5, as partes na controvérsia deverão cooperar para permitir que o Órgão de Apelação circule seu relatório aos Membros dentro de 90 dias a partir da data da notificação do recurso ao CSD. Além disso, qualquer uma das partes na disputa pode solicitar ao CSD que adote suas recomendações e decisões em reunião do CSD realizada dentro de 30 dias da circulação do relatório do Órgão de Apelação aos Membros.

6_ Os Estados Unidos podem solicitar autorização para suspender concessões ou outras obrigações de acordo com o Artigo 22.2⁷² do ESC no caso de o CSD determinar que uma medida tomada para cumprir não existe ou é inconsistente com alguma cláusula do acordo. A China não pode alegar que os Estados Unidos estão impedidos de obter tal autorização do CSD porque sua solicitação foi feita fora do prazo período especificado no Artigo 22.6 do ESC. Isso não prejudica o direito da China de ter a assunto submetido à arbitragem de acordo com o Artigo 22.6 do DSU.

7_ Se os Estados Unidos solicitarem autorização para suspender concessões ou outras obrigações de acordo com o Artigo 22.2 do DSU, a China terá o direito de se opor nos termos do Artigo 22.6 do ESC ao nível de suspensão de concessões ou outras obrigações e/ou alegar que os princípios e procedimentos previstos no artigo 22.3 do ESC não foram seguidos, e o assunto será encaminhado para arbitragem de acordo com o Artigo 22.6 do ESC.

8_ As partes da controvérsia cooperarão para permitir que o árbitro de acordo com o Artigo 22.6 do ESC circular a sua decisão no prazo de 60 dias após a remessa à arbitragem.

9_ Caso o CSD determine que a China tomou uma medida para cumprir as recomendações e decisões do CSD e cada uma dessas medidas não é inconsistente com o acordos, os Estados Unidos não solicitarão autorização para suspender concessões ou outros obrigações de acordo com o Artigo 22.2 do ESC.

72 Art. 22.2: "If the Member concerned fails to bring the measure found to be inconsistent with a covered agreement into compliance therewith or otherwise comply with the recommendations and rulings within the reasonable period of time determined pursuant to paragraph 3 of Article 21, such Member shall, if so requested, and no later than the expiry of the reasonable period of time, enter into negotiations with any party having invoked the dispute settlement procedures, with a view to developing mutually acceptable compensation. If no satisfactory compensation has been agreed within 20 days after the date of expiry of the reasonable period of time, any party having invoked the dispute settlement procedures may request authorization from the DSB to suspend the application to the Member concerned of concessions or other obligations under the covered agreements." WTO. Understanding on rules and procedures governing the settlement of disputes. Geneva: World Trade Organization, 1994f. p. 367. Em tradução nossa: "Se o Membro em questão falhar na adequação da situação considerada inconsistente com o Acordo vigente ou deixar de cumprir as recomendações e decisões dentro do prazo razoável determinado nos termos do parágrafo 3 do Artigo 21, tal Membro deverá, se solicitado, e até o fim do prazo razoável, empenhar esforços nas negociações com qualquer parte que haja invocado os procedimentos de solução de controvérsias, com o objetivo de desenvolver uma compensação mutuamente aceitável. Se nenhuma compensação satisfatória for acordada dentro de 20 dias após a data de expiração do prazo razoável, qualquer parte que tenha invocado os procedimentos de solução de controvérsias poderá solicitar autorização ao CSD para suspender ao Membro interessado o benefício de concessões ou outras obrigações advindas dos acordos vigentes."

10_ Se algum dos membros do painel original não estiver disponível para o painel de conformidade do Artigo 21.5 ou a arbitragem do Artigo 22.6 (ou ambos), as partes da disputa consultarão imediatamente sobre uma substituição, e qualquer uma das partes pode solicitar ao Diretor-Geral da OMC que nomeie, no prazo de dez dias solicitado, uma substituição para o processo ou processos em que a substituição é necessária. Se um membro do painel original não estiver disponível para servir em qualquer um dos procedimentos, as partes na disputa solicitar ainda que, ao fazer esta nomeação, o Diretor-Geral procure uma pessoa que será disponível para atuar em ambos os processos.

11_ As partes nesta disputa continuarão a cooperar em todos os assuntos relacionados a estes acordos procedimentos e concorda em não levantar qualquer objeção processual a qualquer uma das etapas aqui estabelecidas. Se, durante a aplicação desses procedimentos, as partes na controvérsia consideram que um aspecto processual não foi devidamente abordado nestes procedimentos, procurarão encontrar uma solução dentro do menor tempo possível que não afetará os demais aspectos e etapas aqui acordados.⁷³

Em linhas gerais, os procedimentos finais adotados basicamente solidificaram a vitória da tese estadunidense sobre a China, que, nos termos estudados, de fato foi considerada responsável pela violação dos termos do Acordo TRIPs.

Com a conclusão obtida através do Órgão de Solução de Controvérsias, os EUA receberam a prerrogativa de se recorrer, caso identificada violação, aos procedimentos previstos pelos artigos 21.5 e 22.2 do Entendimento, através dos quais se encontraria aberta a porta de entrada para uma possível suspensão da China na OMC.

4_ CONCLUSÃO

O caso em pauta se destaca para fins de estudo por auxiliar na compreensão de diversos aspectos do cenário internacional contemporâneo, bem como da própria maneira segundo a qual se portou a China perante o mercado internacional nas últimas décadas.

73 WTO. Understanding between China and the United States Regarding Procedures under Articles 21 and 22 of the DSU. Geneva: World Trade Organization, 13 abr. 2010d. p. 2-3. [China - Measures affecting the protection and enforcement of intellectual property rights]. Tradução nossa.

Destarte, o país se destaca por (intencionalmente ou não) haver adotado, ao longo de todo o o início de seu período na OMC, uma política legislativa e judiciária que se manifestou enquanto verdadeira espécie de “postura de negligência estratégica comissiva” do Estado em favor de suas indústrias e em detrimento do capital estrangeiro.

Veja, o reconhecimento de direitos de propriedade intelectual, em um cenário internacional contemporâneo, no qual a China objetivamente não possuía condições para competição sobre avanços tecnológicos, não pode ser visto como algo voltado ao impulsionamento de seu parque industrial nacional, mas sim em defesa dos direitos dos parques industriais então hegemônicos, em especial vinculados aos capitais o norte-americano e europeu.

Pode-se aduzir, inclusive, que a dificuldade à proteção da propriedade intelectual imposta pela estrutura burocrática chinesa ao longo de seus primeiros dez anos na OMC é um dos múltiplos fatores, muitos dos quais não se presta este artigo a abordar, que propulsionaram o sucesso da indústria chinesa em seu alcance e dominação dos mercados populares de bens de consumo massificado de produtos de baixo valor agregado em todo o mundo, estes muito observados no Brasil ao longo de todo o período.

Em termos jurídicos, a utilização de um critério de aferição de substância delituosa para a definição de um padrão de mercado focado em quantidade, não qualidade, chega a soar fantástico, apesar de estritamente técnico e fatídico.

Por outro aspecto, o caso se destaca também no sentido metalinguístico. A postura dos EUA, característica de seu estereótipo, manteve-se ao longo de todo o procedimento enquanto incisiva, detentora do poder, indiferente às intempéries individuais advindas de terceiros e, em muitos casos, exigente além dos termos definidos nos pactos internacionais.

A China, por outro lado, adotou postura diametralmente oposta. Em suas manifestações, ao longo de todo o caso estudado, a delegação chinesa reiterou por repetidas vezes o tom da mais pura etiqueta diplomática, destacada por sua expressa e característica complacência e apego às intenções, ainda que, conforme análise, estas tenham se concentrado majoritariamente no campo formal.

REFERÊNCIAS

- BARBOSA, D. B. Tratado da propriedade intelectual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. (t. 1, Uma introdução à propriedade intelectual; Bases constitucionais da propriedade intelectual; A doutrina da concorrência; A propriedade intelectual como um direito de cunho internacional; Propriedade intelectual e tutela da concorrência)
- BASSO, M. O direito internacional da propriedade intelectual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.
- BRASIL. Decreto nº 1.355, de 30 de dezembro de 1994. Promulgo a Ata Final que Incorpora os Resultados da Rodada Uruguaia de Negociações Comerciais Multilaterais do GATT. Brasília, DF: Palácio do Planalto, [20-?]a.
- BRASIL. Ata final que incorpora os resultados das negociações comerciais multilaterais da Rodada Uruguaia. Marraqueche: 15 abr. 1994.
- BRASIL. Acordo geral sobre tarifas aduaneiras e comércio 1947 (GATT 1947). Brasília, DF: Siscomex, maio 2021.
- CASEY, J. Patterns in U.S.-China trade since China's accession to the World Trade Organization. [s. l.]: U.S.-China Economic and Security Review Commission Staff Research Report, nov. 2012.
- CHEN, C.; MAXWELL, T. A. Three decades of bilateral copyright negotiations: Mainland China and the United States. *Government Information Quarterly*, n. 27, p. 196-207, 2010.
- EDELSTEIN, D. The Obama's Netflix Doc American Factory gestures toward the end of the working world. *Vulture*, New York, 23 ago. 2019.
- HOUT, T.; GHEMAWAT, P. China vs the World: whose technology is it? *Harvard Business Review*, Cambridge, dec. 2010.
- RASSENFOSSE, G. et al. Are foreigners treated equally under the Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights Agreement? *The Journal of Law and Economics*, v. 62, n. 4, p. 663-685, nov. 2019.
- WEINHARDT, C.; SCHÖFER, T. Differential treatment for developing countries in the WTO: the unmaking of the North-South distinction in a multipolar world. *Third World Quarterly*, v. 43, n. 1, p. 74-93, 8 nov. 2022.
- WTO. General Agreement on Tariffs and Trade: Text of the General Agreement. Geneva: World Trade Organization, 1986.
- WTO. Marrakesh declaration of 15 april 1994. Geneva: World Trade Organization, 1994a.
- WTO. Final act embodying the results of the Uruguay round of multilateral trade negotiations. Geneva: World Trade Organization, 1994b.

-
- WTO. Agreement establishing the World Trade Organization. Geneva: World Trade Organization, 1994c.
- WTO. General Agreement on Tariffs and Trade 1994. Geneva: World Trade Organization, 1994d.
- WTO. Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights (TRIPS). Geneva: World Trade Organization, 1994e.
- WTO. Understanding on rules and procedures governing the settlement of disputes. Geneva: World Trade Organization, 1994f.
- WTO. Agreement establishing the WTO. Geneva: World Trade Organization, maio 1998. [The WTO Agreements Series].
- WTO. Overview: a navigational guide. Geneva: World Trade Organization, [20-?].
- WTO. WTO Ministerial Conference approves China's accession. WTO NEWS, Geneva, 10 nov. 2001.
- WTO. Request for Consultations by the United States. Geneva: World Trade Organization, 16 abr. 2007a. [China - Measures affecting the protection and enforcement of intellectual property rights].
- WTO. Request to Join Consultations - Communication from Japan. Geneva: World Trade Organization, 24 abr. 2007b. [China - Measures affecting the protection and enforcement of intellectual property rights].
- WTO. Request to Join Consultations - Communication from Mexico. Geneva: World Trade Organization, 27 abr. 2007c. [China - Measures affecting the protection and enforcement of intellectual property rights].
- WTO. Request to Join Consultations - Communication from Canada. Geneva: World Trade Organization, 27 abr. 2007d. [China - Measures affecting the protection and enforcement of intellectual property rights].
- WTO. Request to Join Consultations - Communication from the European Communities. Geneva: World Trade Organization, 27 abr. 2007e. [China - Measures affecting the protection and enforcement of intellectual property rights].
- WTO. Acceptance by China of the Requests to Join Consultations. Geneva: World Trade Organization, 25 maio 2007f. [China - Measures affecting the protection and enforcement of intellectual property rights].
- WTO. Request for the Establishment of a Panel by the United States. Geneva: World Trade Organization, 21 ago. 2007g. [China - Measures affecting the protection and enforcement of intellectual property rights].
- WTO. Constitution of the Panel Established at the Request of the United States - Note by the Secretariat. Geneva: World Trade Organization, 13 dez. 2007h. [China - Measures affecting the protection and enforcement of intellectual property rights].
-

-
- WTO. Communication from the Chairman of the Panel. Geneva: World Trade Organization, 18 jul. 2008. [China - Measures affecting the protection and enforcement of intellectual property rights].
- WTO. Report of the Panel. Geneva: World Trade Organization, 26 jan. 2009a. [China - Measures affecting the protection and enforcement of intellectual property rights].
- WTO. Panel Report - Action by the Dispute Settlement Body. Geneva: World Trade Organization, 27 mar. 2009b. [China - Measures affecting the protection and enforcement of intellectual property rights].
- WTO. Communication from China. Geneva: World Trade Organization, 15 abr. 2009c. [China - Measures affecting the protection and enforcement of intellectual property rights].
- WTO. Communication from China and the United States Concerning Article 21.3(c) of the DSU. Geneva: World Trade Organization, 12 maio 2009d. [China - Measures affecting the protection and enforcement of intellectual property rights].
- WTO. Communication from China and the United States Concerning Article 21.3(b) of the DSU. Geneva: World Trade Organization, 3 jul. 2009e. [China - Measures affecting the protection and enforcement of intellectual property rights].
- WTO. Status Report by China. Geneva: World Trade Organization, 8 jan. 2010a. [China - Measures affecting the protection and enforcement of intellectual property rights].
- WTO. Status Report by China - Addendum. Geneva: World Trade Organization, 8 fev. 2010b. [China - Measures affecting the protection and enforcement of intellectual property rights].
- WTO. Status Report by China - Addendum. Geneva: World Trade Organization, 9 mar. 2010c. [China - Measures affecting the protection and enforcement of intellectual property rights].
- WTO. Understanding between China and the United States Regarding Procedures under Articles 21 and 22 of the DSU. Geneva: World Trade Organization, 13 abr. 2010d. [China - Measures affecting the protection and enforcement of intellectual property rights].

MEDIDAS RESTRITIVAS DO ART. 139 DO CPC FRENTE AO PODER GERAL DE CAUTELA DO JUIZ – RATIO DECIDENDI DA ADI 5941

CARLOS EDUARDO MENDES

Juiz de Direito do Tribunal de Justiça de São Paulo. Mestrando em Direitos Humanos pela PUC-SP. Mestrando em Interpretação Bíblica pelo UNASP – Universidade Adventista. Pós-Graduado em Direito Contratual pela PUC-SP. Graduado em Direito pela PUC-Campinas.

DOUGLAS CAMARINHA GONZALES

Juiz Federal do Tribunal Regional Federal da 3ª Região (SP e MS).
Doutor em Direito Econômico e Mestre em Direito do Estado pela Faculdade de Direito da USP.
Professor Adjunto da FAAP.

Resumo: Objetivo: o presente artigo visa compreender a *ratio decidendi* do acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal, na ADI 5941, julgada em março de 2023, acerca do conteúdo material do art. 139, inciso IV, do Código de Processo Civil e o juízo de constitucionalidade dos chamados meios atípicos ou medidas de apoio não previstas em lei, tais como a suspensão de Carteira Nacional de Habilitação (CNH), passaporte, cartão de crédito, proibição de participar de concurso público e de licitar, dentre outras, para o cumprimento das obrigações judiciais. **Metodologia:** utiliza-se o método dedutivo, com uma abordagem bibliográfica e documental, mediante a revisão da doutrina sobre o tema, a legislação e decisões jurisprudências. **Resultados:** como resultado da pesquisa, conclui-se que a enumeração da *ratio decidendi* da ADI 5941 denota critérios e métodos de significação hermenêutica abrangente a todo sistema processual, quiçá a todo ordenamento jurídico, embora o julgamento tivesse como objeto apenas pedido de inconstitucionalidade do art. 139, inciso IV, do CPC, pretensão autoral julgada improcedente. Ao contrário de estabelecer curtos brocardos, cada um dos quinze parágrafos tem carga principiológica intensa, de modo que torna possíveis aprofundamentos e o desabrochar criativo do aplicador do Direito, cuja aplicação é própria do juiz da causa e de sua prudente conveniência para tutelar o bem da vida postulado.

Palavras-chave: Medidas atípicas de apoio. Constitucionalidade. Ratio Decidendi. Persuasão ou Vinculação. Aferição prudente do juiz da causa. Reclamação Constitucional de difícil caracterização.

Abstract: Objective: this article aims to analyze the *ratio decidendi* of the judgment

handed down by the Federal Supreme Court, in ADI 5941, judged in March 2023, on the material content of article 139, item IV, of the Code of Civil Procedure (CPC), regarding the constitutionality of the so-called atypical means or support measures not provided for by law, such as the suspension of the National Driver's License (CNH), passport, credit card, prohibition to participate in public tenders and to bid, among others, for the fulfillment of obligations. **Methodology:** the deductive method is used, with a bibliographical and documentary approach, through the review of the doctrine on the subject, the legislation and jurisprudence decisions. **Results:** as a result of the research, it is concluded that the enumeration of the ratio decidendi of ADI 5941 denotes criteria and methods of hermeneutic meaning comprehensive to the entire procedural system, perhaps to the entire legal system, although the judgment had as its object only a request for the unconstitutionality of article 139, item IV, of the CPC, an authorial claim that was dismissed. Contrary to establishing short essays, each of the fifteen paragraphs has an intense principled load, so that it makes possible to deepen and the creative blossoming of the applicator of the Law, whose application is specific to the Judge of the case and its prudent convenience towards the results of the demand.

Keywords: Atypical support measures. Constitutionality. Ratio Decidendi. Persuasion or Binding. Convenience of the Judge of the case.

INTRODUÇÃO

O presente artigo tem caráter dissertativo/argumentativo, tendo como objeto geral analisar as quinze *ratios decidendi* do acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal (STF), no julgamento da **Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIN) 5941**, sob a lógica de precedentes, bem como definir se há nos fundamentos do acórdão *ratio decidendi* uma interpretação geral/regra específica para os demais casos gerais, desprendido de uma situação fática específica. A *ratio decidendi* é a porção vinculante do julgado, de modo que interessa entender qual parte do julgamento da ADI 5941 gera coisa julgada coletiva ou não. De modo geral, o Código de Processo Civil (CPC) estabelece a necessidade de motivação da decisão que invocar precedente obrigatório, inclusive com prévia possibilidade do prejudicado manifestar-se, a teor do §1º, do art. 927, a denotar a futura utilidade deste artigo, pelos profissionais que entenderem pela utilização do julgamento da ADI 5941, ou mesmo dos arts. 139, inciso IV, 400, parágrafo único, e 773, do CPC, quando da postulação de medidas

que não coincidam com a tutela específica principal.

Como objetivos específicos far-se-á a análise de cada um dos fundamentos da *rapara balizar* da ADI 5941, pela qualidade e especificidade de sua motivação para balizar melhor utilização de medidas lastreadas no art. 139, inciso IV, do CPC, como a suspensão da Carteira Nacional de Habilitação do devedor, de seu passaporte, de seu cartão de crédito; a proibição de concurso público, de licitar, como medidas de apoio, não previstas em lei, que ajudem o cumprimento da sentença ou título executivo extrajudicial.

No aspecto metodológico, utiliza-se o método dedutivo, com uma abordagem bibliográfica e documental, mediante a revisão da doutrina sobre o tema, a legislação e decisões jurisprudências.

No primeiro capítulo há um breve esboço histórico de entendimentos do STJ e do STF, acerca do artigo 139, IV, do CPC, cujo recorte histórico é recente, a partir da vigência do CPC/15.

O segundo capítulo trará o assunto principal e tema deste artigo, ao discorrer sobre o poder vinculante da *ratio decidendi* no sistema de precedentes do Brasil, o qual já existia antes do CPC-15, a exemplo da súmula vinculante, julgamentos de ações diretas de constitucionalidade, decisões sobre ações coletivas com reconhecimento de eficácia nacional da coisa julgada, mas que aqui será abordado na ótica do artigo 927, do CPC.

No terceiro capítulo será tratado o contraponto da vinculação processual das *ratio decidendi*, tendo como paradigmática a decisão proferida pelo STF, na ADECON 4, acerca da independência do magistrado, no poder geral de cautela processual. Ainda que tal decisão tenha sido proferida sob a égide do CPC/73, seus argumentos importam, por dizerem respeito à natureza da função jurisdicional de julgar, e dão substrato ao entendimento de que medidas não previstas em lei não possam vincular o julgador, mas apenas servir de rol exemplificativo, de persuasão.

O quarto capítulo trata das quinze *ratios decidendi* e demonstra-se a complexidade e a novidade da lógica de precedentes no Brasil, a qual pode ser bem usada a fim de não se cometer injustiças e engessar o espaço de criatividade e de eficácia que o ordenamento jurídico dá ao magistrado, de modo que, neste contexto em que os estudos sobre o poder vinculante da *ratio decidendi* ainda não são comuns a maior parte dos aplicadores do Direito no Brasil, ainda não se tenha hipótese para o manuseio da Reclamação Constitucional, em caso de indeferimento de algumas das hipóteses de meios atípicos reconhecidas como constitucionais, eis que, embora tenham *ratio decidendi* explícita, há em seu bojo recomendação de proporcionalidade e razoabilidade como critérios decisórios, mitigando a objetividade do sistema de precedentes, em se tratando da ADI 5941.

Nas considerações finais visa-se à instigação dialética do tema dos precedentes, o qual pode ser encarado também pelo método sistêmico-constutivo (sistêmico porque decorrente de importação do sistema processual anglo-saxão, construtivo porque decorrente de ação integrativa pela doutrina e pelo Judiciário), havendo espaço para novos estudos e ideias, nas concreções dos temas, *ratios decidendi* e *obter dictum*.

1_ESCORÇO HISTÓRICO-JURISPRUDENCIAL DA CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 139, INCISO IV, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

O art. 139, inciso IV, do CPC preceitua que cabe ao magistrado determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou subrogatórias necessárias ao cumprimento da ordem judicial, inclusive nas ações que tenham por objeto a prestação pecuniária.

As hipóteses de incidência do artigo em comento referem-se a decisões liminares, no início do processo, ou em procedimento autônomo preparatório, como a ação de produção antecipada de provas, inclui tutelas urgentes ou de evidência, sentenças de mérito, cumprimento de sentença, ações de execução e também ônus processuais de terceiros, como a exibição de coisas.

São chamadas medidas de apoio e não apresentam rol legal, de modo que a pertinência constitucional e legal parecia depender do caso concreto. A partir do julgamento da ADI 5941 desenvolveu-se uma teoria, a qual reconheceu a constitucionalidade do dispositivo, mercê de possibilitar a criatividade do aplicador do Direito que vise ao cumprimento da determinação judicial.

Traz-se como exemplos hipóteses legais, como as astreintes, a busca e apreensão de pessoas e coisas, as multas por litigância de má-fé, por ofensa à dignidade da justiça, o que inclui também o bloqueio do cartão de crédito, do passaporte, da Carteira Nacional de Habilitação, de pontos do programa de fidelidade de empresas aéreas, entre muitas outras.

As medidas citadas no parágrafo anterior, ao contrário de terem cunho puramente patrimonial, consistem em medidas que podem causar restrições de direitos. Neste sentido, a questão fora objeto de diversos questionamentos no Superior Tribunal de Justiça, tendo o Ministro Paulo de Tarso Sanseverino relatado no *Habeas Corpus* (HC) 558313 / SP:

Na linha do entendimento firmado, portanto, apenas diante da existência de indícios de que o devedor possua patrimônio expropriável, ou que vem adotando subterfúgios para não quitar a dívida, ao magistrado é autorizada a adoção subsidiária de medidas executivas atípicas, tal como a apreensão do passaporte, e desde que justifique, fundamentadamente, a sua adequação para a satisfação do direito do credor, considerando os princípios da proporcionalidade e razoabilidade e observado o contraditório prévio.

O Min. Moura Ribeiro, também do Superior Tribunal de Justiça, pontuou a necessidade de eficácia e de ser a medida menos gravosa ao devedor (REsp 1837680 / SP). Pela subsidiariedade das medidas atípicas, assentou a Min. Nancy Andrighi, desde que o devedor possua patrimônio expropriável (REsp 1788950 / MT - julgado em 23 de abril de 2019).

No Supremo Tribunal Federal, em 4 de dezembro de 2020, no ano anterior ao julgamento da ADI 5941, o Ministro Edson Fachin, em decisão proferida no HC 192.127 / SC, julgou:

Não tenho dúvidas de afirmar que as medidas indutivas, coercitivas mandamentais e sub-rogoratórias são inadequadas, desnecessárias e desproporcionais ao cumprimento de medidas judiciais impositivas de obrigações pecuniárias. No caso dos autos, a suspensão da carteira nacional de habilitação e apreensão do passaporte do paciente, como medidas de fazer cumprir decisão judicial, tomadas no âmbito de processo de execução por título extrajudicial de corrente de contrato de locação comercial celebrado entre pessoas físicas, devem ser afastadas. A desproporcionalidade da utilização de medidas executivas atípicas pelos juízes com a intenção de forçar o executado a cumprir decisão judicial, apresenta-se evidente, considerando que a imposição de medidas restritivas de direitos fundamentais, para compelir à execução de dívidas pecuniárias, não se revela o caso dos autos, compatível com a Constituição da República de 1988.

Pouco mais de oito meses depois, o Min. Ricardo Lewandowski, no julgamento do HC 199.767 / DF, decidiu que a custódia do passaporte e da Carteira Nacional de Habilitação não restringiria a liberdade de ir e vir do paciente/devedor.

Nesse contexto, na sessão plenária de 9 de fevereiro de 2023, na relatoria do Min. Luiz Fux, a ADI 5941 foi julgada improcedente pelo Supremo Tribunal Federal,

cujo acórdão foi assim ementado:

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. OS ARTIGOS 139, IV; 380, PARÁGRAFO ÚNICO; 400, PARÁGRAFO ÚNICO; 403, PARÁGRAFO ÚNICO; 536, CAPUT E §1º. E 773, TODOS DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. MEDIDAS COERCITIVAS, INDUTIVAS OU SUB-ROGATÓRIAS. ATIPICIDADE DOS MEIOS EXECUTIVOS. PEDIDO DE DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE, SEM REDUÇÃO DE TEXTO, PARA AFASTAR, EM QUALQUER HIPÓTESE, A POSSIBILIDADE DE IMPOSIÇÃO JUDICIAL DE MEDIDAS COERCITIVAS, INDUTIVAS OU SUB-ROGATÓRIAS CONSISTENTES EM SUSPENSÃO DO DIREITO DE DIRIGIR, APREENSÃO DE PASSAPORTE E PROIBIÇÃO DE PARTICIPAÇÃO EM CONCURSOS PÚBLICOS OU EM LICITAÇÕES. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO À PROPORCIONALIDADE. MEDIDAS QUE VISAM A TUTELAR AS GARANTIAS DE ACESSO À JUSTIÇA E DE EFETIVIDADE E RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO. INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO ABSTRATA E APRIORÍSTICA DA DIGNIDADE DO DEVEDOR. AÇÃO CONHECIDA E JULGADA IMPROCEDENTE.

A novidade no julgado foi a enumeração de suas razões de decidir, o que totalizou quinze, as quais importa a transcrição para a análise acerca de sua possível força vinculante aos demais processos individuais e coletivos, em trâmite em todo território nacional:

- 1_** O acesso à Justiça reclama tutela jurisdicional tempestiva, efetiva e específica sob o ângulo de sua realização prática;
- 2_** A morosidade e inefetividade das decisões judiciais são lesivas à toda a sociedade, porquanto, para além dos efeitos diretos sobre as partes do processo, são repartidos pela coletividade os custos decorrentes da manutenção da estrutura institucional do Poder Judiciário, da movimentação da sua máquina e da prestação de assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos.
- 3_** A efetividade e celeridade das decisões judiciais constitui uma das linhas mestras do processo civil contemporâneo, como se infere da inclusão, no texto constitucional, da garantia expressa da razoável duração do processo (artigo 5º, LXXVIII, após a Emenda Constitucional nº 45/2004) e da positivação, pelo Novo Código de Processo Civil, do direito das partes “de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa”.

4_ A execução ou satisfação daquilo que devido representa verdadeiro gargalo na prestação jurisdicional brasileira, mercê de os estímulos gerados pela legislação não terem logrado suplantar o cenário prevalente, marcado pela desconformidade geral e pela busca por medidas protelatórias e subterfúgios que permitem ao devedor se evadir de suas obrigações.

5_ Os poderes do juiz no processo, por conseguinte, incluem “determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial, inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária” (artigo 139, IV), obedecidos o devido processo legal, a proporcionalidade, a eficiência, e, notadamente, a sistemática positivada no próprio NCPC, cuja leitura deve ser contextualizada e razoável à luz do texto legal.

6_ A amplitude semântica das cláusulas gerais permite ao intérprete/aplicador maior liberdade na concretização da fattispecie – o que, evidentemente, não o isenta do dever de motivação e de observar os direitos fundamentais e as demais normas do ordenamento jurídico e, em especial, o princípio da proporcionalidade.

7_ A significação de um mandamento normativo é alcançada quando se agrega, à filtragem constitucional, a interpretação sistemática da legislação infraconstitucional – do contrário, de nada aproveitaria a edição de códigos, microssistemas, leis interpretativas, meta-normas e cláusulas gerais. Essa assertiva assume ainda maior relevância diante do Direito codificado: o intérprete não pode permanecer indiferente ao esforço sistematizador inerente à elaboração de um código, mercê de se exigir do Legislador a repetição, ad nauseam, de preceitos normativos já explanados em títulos, capítulos e seções anteriores.

8_ A correção da proporcionalidade das medidas executivas impostas pelo Poder Judiciário reside no sistema recursal consagrado pelo NCPC.

9_ A flexibilização da tipicidade dos meios executivos visa a dar concreção à dimensão dialética do processo, porquanto o dever de buscarefetividade e razoável duração do processo é imputável não apenas ao Estado-juiz, mas, igualmente, às partes.

10_ O Poder Judiciário deve gozar de instrumentos de enforcement accountability do comportamento esperado das partes, evitando que situações antijurídicas sejam perpetuadas a despeito da existência de ordens judiciais e em razão da violação dos deveres de cooperação e boa-fé das partes – o que não se confunde com a punição a devedores

que não detêm meios de adimplir suas obrigações.

11_ A variabilidade e dinamicidade dos cenários com os quais as Cortes podem se deparar (e.g. tutelas ao meio ambiente, à probidade administrativa, à dignidade do credor que demanda prestação essencial à sua subsistência, ao erário e patrimônio públicos), torna impossível dizer, a priori, qual o valor jurídico a ter precedência, de modo que se impõe estabelecer o emprego do raciocínio ponderativo para verificar, no caso concreto, o escopo e a proporcionalidade da medida executiva, vis-à-vis a liberdade e autonomia da parte devedora.

12_ In casu, o argumento da eventual possibilidade teórica de restrição irrazoável da liberdade do cidadão, por meio da aplicação das medidas de apreensão de carteira nacional de habilitação e/ou suspensão do direito de dirigir, apreensão de passaporte, proibição de participação em concurso público e proibição de participação em licitação pública, é imprestável a sustentar, só por si, a inconstitucionalidade desses meios executivos, máxime porque a sua adequação, necessidade e proporcionalidade em sentidoestricto apenas ficará clara à luz das peculiaridades e provas existentes nos autos.

13_ A excessiva demora e ineficiência do cumprimento das decisões judiciais, sob a perspectiva da análise econômica do direito, é um dos fatores integrantes do processo decisório de escolha racional realizado pelo agente quando deparado com os incentivos atinentes à propositura de uma ação, à interposição de um recurso, à celebração de um acordo e à resistência a uma execução. Num cenário de inefetividade generalizada das decisões judiciais, é possível que o devedor não tenha incentivos para colaborar na relação processual, mas, ao contrário, seja motivado a adotar medidas protelatórias, contexto em que, longe de apresentar estímulos para a atuação proba, célere e cooperativa das partes no processo, a legislação (e sua respectiva aplicação pelos julgadores) estará promovendo incentivos perversos, com maiores *payoffs* apontando para o descumprimento das determinações exaradas pelo Poder Judiciário.

14_ A efetividade no cumprimento das ordens judiciais, destarte, não serve apenas para beneficiar o credor que logra obter seu pagamento ao fim do processo, mas incentiva, adicionalmente, uma postura cooperativa dos litigantes durante todas as fases processuais, contribuindo, inclusive, para a redução da quantidade e duração dos litígios.

15_ In casu, não se pode concluir pela inconstitucionalidade de toda e qualquer hipótese de aplicação dos meios atípicos indicados na inicial, mercê de este entendimento, levado ao extremo, rechaçar quaisquer espaços de discricionariedade judicial e inviabilizar, inclusive, o exercício da jurisdição, enquanto atividade eminentemente criativa que é. Inviável, pois, pretender, apriorística e abstratamente, retirar determinadas medidas do leque de ferramentas disponíveis ao magistrado para fazer valer o provimento jurisdicional.¹

À evidência a técnica argumentativa dos *considerandos*, comumente preambulares aos textos normativos, passam a integrar um novo capítulo no acórdão, situado após a ementa e antes do relatório, e de forma numerada, a facilitar ao aplicador do Direito a observância da *ratio decidendi* do julgado de natureza transcendental, o qual surte efeitos em todo o ordenamento jurídico, para aplicação tanto nos processos judiciais, quanto pela Administração Pública, como é o caso do julgamento da ação direta de controle de constitucionalidade, a teor do art. 927, inciso I, do CPC.

2_ O SISTEMA DE PRECEDENTES NO BRASIL

O Código de Processo Civil elevou a força da jurisprudência, por meio do sistema de precedentes, ao equipará-la à lei, no tocante ao chamado efeito vinculante, obrigatório, consoante preceitua o art. 927, do CPC.

O sistema de precedentes é próprio do *common law*, dos Estados de tradição anglo-saxã, que difere do *civil law*, cultura jurídica própria do Direito processual civil brasileiro, ante a tradição romano-germânica.

Historicamente, a expressão *common law* tem sua etimologia na atuação do Chefe de Justiça do Tribunal Comum da Inglaterra e País de Gales, William Blackstone (1723/1780), o qual percorria toda a região, atualmente denominada Reino Unido, e analisava os julgados dos reinos para o fim de unificar os entendimentos debatidos e pacificados, com o condão de uniformizá-los, torná-los comuns, por esse motivo utiliza-se a expressão *common law*. Neste escopo, o método intersubjetivo tem especial relevo, por meio dos diálogos travados entre filósofos, cientistas e juristas ao longo do tempo, de modo que as razões fáticas e jurídicas pudessem ser acordadas pelos julgadores, da

1 STF. ADI 5941. Supremo Tribunal Federal. Rel. Min. Luiz Fux. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15357613301&ext=.pdf>. Acesso em: 24 jun. 2024.

mesma forma que ocorre nos acórdãos, denominação atribuída à decisão colegiada.

Como resultado desse trabalho, o Juiz Blackstone escreveu *Comentários sobre as Leis de Inglaterra*, entre 1765 e 1769, considerada uma obra expressiva, que influenciou o desenvolvimento da filosofia utilitarista, em especial, o livro de Jeremy Bentham intitulado *A Fragment on Government*, de 1776, no qual foi criticado pelo uso de ideias de Direito natural e por ideias consideradas conservadoras da lei inglesa.

Vale lembrar a importância de Bentham na construção do pragmatismo jurídico inglês, ao lecionar John Austin (considerado por muitos como o pai do Positivismo, expressão posteriormente herdada por Hans Kelsen, em *Teoria Pura do Direito* - 1934), que, por sua vez, lecionou a John Stuart Mills, um dos precursores do consequencialismo. O pensamento consequencialista encontra-se positivado no ordenamento jurídico brasileiro nos arts. 20 a 24, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB).

Estes parágrafos, com pitadas de história jurídica inglesa, visam ao melhor entendimento do espírito do *common law* como um sistema de normatização com muita intervenção do Poder Judiciário, sobretudo ao reproduzir e sintetizar o que, por intersubjetividade, entende-se por jurisprudência pacificada. E desta forma formam-se precedentes como produto histórico de debates e decisões judiciais.

O foco na definição do precedente é diagnosticar para, em seguida, prognosticar, para gerar predictismo, como uma das dimensões da chamada segurança jurídica, de modo a esperar a estabilização e o desenvolvimento social para acautelar a sociedade de surpresas e desmandos jurídicos.

Ora, está o sistema de precedentes assim concebido e entendido no Brasil? Existe a possibilidade de estabelecer-se um precedente sem um histórico de julgados a serem ponderados? Há a possibilidade de definição de um precedente para o futuro? Há *stare decisis* no Brasil (mesmo quando se dissocia a interpretação da lei do caso que a originou)?

Há críticas a julgados considerados teses sem precedentes; pode-se citar em específico a obra intitulada *Precedentes, Dicionário de hermenêutica*, de Lenio Streck, bem como o seu código de processo civil comentado. Por outro lado, há quem entenda por uma nova lógica de precedentes no Brasil, como Daniel Mitidiero e o Min. Luís Roberto Barroso. Como exemplo de lei que mal iniciou a vigência e teve interpretação definida para frente, por meio de julgamento de ADIN, cita-se a chamada Nova Lei de Improbidade Administrativa, nº. 14.230/2021, cujo julgamento ocorreu no Supremo Tribunal Federal, em dezembro de 2022. Deste modo, não se pode negar que o Brasil adotou o sistema de precedentes inglês, mas com a possibilidade de definição de teses e razões de decidir vinculantes, mesmo quando do julgamento

de ações movidas contra o texto legal (dissociado de fato), como ocorre nas ações diretas de controle de constitucionalidade.

Sobre as críticas a esta possibilidade, Lenio Streck leciona que:

A maior parte da common-law não é produto do Parlamento, mas sim do trabalho de séculos dos juizes aplicando regras consuetudinárias estabelecidas, aplicando regras a casos novos, à medida que foram surgindo. O princípio que respalda a doutrina dos precedentes consiste em que, em cada caso, o juiz deve aplicar o princípio legal existente, isto é, deve seguir o exemplo ou precedente das decisões anteriores (*stare decisis*).²

Para que o juiz possa aplicar as teses e a razão de decidir para os casos futuros, é essencial que haja identidade fática entre os julgados, de modo que não se deveria admitir o *stare decisis*; sobre este aspecto, passa-se a analisar o poder vinculante ou persuasivo das quinze *ratio decidendi* da ADI 5941, especialmente acerca dos fatos que lhe deram ensejo, como medidas atípicas para a tutela específica, a saber: a determinação, como medida de apoio ao cumprimento de uma tutela específica, da suspensão de CNH, de passaporte, de proibição de concurso público, de participar de licitação, de cancelamento de cartão de crédito, de bloqueio do programa de pontos de viagem, de proibição de compras de roupas e adornos pela *Internet*, e outras medidas restritivas da vida do requerido, como forma de constrangê-lo ao cumprimento da obrigação judicial.

3_ ANÁLISE DO PODER VINCULANTE OU PERSUASIVO DAS QUINZE RATIOS DECIDENDI DA ADI 5941

Conforme extrai-se da ementa do julgado transcrita no capítulo 1, a Ação Declaratória de Inconstitucionalidade nº. 5941 foi movida pelo Partido dos Trabalhadores, perante o Supremo Tribunal Federal, contra os textos e possíveis interpretações dos arts. 139, inciso IV; 380, parágrafo único; 400, parágrafo único; 403, parágrafo único; 536, caput e §1º. e 773, com pedido de inconstitucionalidade das medidas coercitivas, indutivas ou sub-rogatórias. Atipicidade dos meios executivos, tendo sido julgada em março de 2023, portanto recentemente, sendo que a aplicação de tais artigos, além de visar ao cumprimento da tutela específica, tem sido utilizada

2 STRECK, Lenio. Precedentes. Dicionário de hermenêutica: 50 verbetes fundamentais de acordo com a crítica hermenêutica do direito. 2. ed. Belo Horizonte: Letramento, 2021. p. 358.

como forma de localizar o devedor para citações e intimações, notadamente por meio de mandados de informações emitidos pelo juiz a empresas privadas, que comumente detêm os dados de residência dos consumidores atualizados, como as concessionárias de serviços públicos de energia elétrica, gás, e empresas de entrega de comida como Rappi, Ifood e de aquisição de bens de consumo como a Shein.

Portanto, verifica-se que a ADI 5941 abriu as portas para a criatividade do credor e do juiz, por poder agir de ofício, seja para localizar o requerido/devedor, seja para restringir os seus direitos, desde que de forma proporcional e razoável.

Frisa-se que a matéria não foi julgada de forma unânime, a demonstrar a sua complexidade e controvérsia, tendo o Min. Fachin declarado a sua divergência pela inconstitucionalidade de medidas atípicas restritivas de direitos, mantendo-se coerente com o quanto já fora decidido anteriormente, em 4 de dezembro de 2020, no ano anterior ao julgamento da ADI 5941, em decisão proferida no HC 192.127 / SC:

Não tenho dúvidas de afirmar que as medidas indutivas, coercitivas mandamentais e sub-rogatórias são inadequadas, desnecessárias e desproporcionais ao cumprimento de medidas judiciais impositivas de obrigações pecuniárias. No caso dos autos, a suspensão da carteira nacional de habilitação e apreensão do passaporte do paciente, como medidas de fazer cumprir decisão judicial, tomadas no âmbito de processo de execução por título extrajudicial de corrente de contrato de locação comercial celebrado entre pessoas físicas, devem ser afastadas. A desproporcionalidade da utilização de medidas executivas atípicas pelos juízes com a intenção de forçar o executado a cumprir decisão judicial, apresenta-se evidente, considerando que a imposição de medidas restritivas de direitos fundamentais, para compelir à execução de dívidas pecuniárias, não se revela o caso dos autos, compatível com a Constituição da República de 1988.

O tom foi de que o processo civil constitucional deve resguardar as liberdades individuais, especialmente na luta do mais forte (credor), contra o mais fraco (devedor). Entretanto, o julgamento da ADI 5941 parece ter estabelecido critérios para a aplicação das medidas de apoio atípicas na mesma direção do respeito à dignidade humana, ao estabelecer, ao longo de 193 páginas de votos de seu extenso acórdão, quinze parágrafos, resumidos, após a ementa do julgado.

A questão é: os quinze parágrafos tratam-se de mero resumo do julgado, para fins práticos persuasivos dos juízes, ou de razões de decidir, que devem ser seguidas pelos

juízes com poder vinculante? Se o juiz indeferir o pedido de suspensão de passaporte de um devedor que, pelas redes sociais, denota fazer viagens internacionais com frequência, estaria o juiz sujeito à Reclamação Constitucional, por desobedecer a lei e a autoridade do julgador vinculante do Supremo Tribunal Federal? A resposta é complexa.

Com efeito, da leitura dos fundamentos da ADI 5941, percebe-se a sua redação principiológica e aberta; em suma, define que, inicialmente, não pode declarar inconstitucionais as hipóteses não legais que constriam o devedor a cumprir sua obrigação processual, quando haja elementos que demonstrem que ele tem condições de cumprir.

Neste rumo, o subjetivismo e eventual insensibilidade da parte credora em pedir a suspensão de CNH, passaporte, proibição de prestar concurso público, licitar, bem como fazer compras de bens supérfluos na *Internet*, até a suspensão do cartão de crédito, começam a afunilar na exigência de demonstração, tanto pela parte requerente, como pelo juiz quando agir de ofício, de elementos de razoabilidade que o devedor tenha meios para cumprir a obrigação judicial, mas estaria a esquivar-se por valer a pena.

A demora na tramitação do processo, bem como a possível rentabilidade que o devedor pode estar obtendo no mercado, a respeito de fruto de obrigação que caberia ao autor, é chamado de teoria do inadimplemento eficaz, hipótese em que, economicamente, seria mais vantajoso ao devedor descumprir a ordem judicial do que cumpri-la.

É contra o inadimplemento eficaz que, o Min. Luiz Fux, relator da ADI 5941, enumerou, de forma didática, os quinze fundamentos para a criatividade processual dos advogados de credores e de juízes, com primazia à tutela específica.

Por conseguinte, não se pode refutar a possibilidade de dissídios judiciais acerca do descumprimento da decisão da ADI 5941, quando o pedido de medida de apoio atípica, em especial as tratadas explicitamente pelo STF, como suspensão de CNH, passaporte, proibição de licitar for negado pelo juiz sob a assertiva de inconstitucionalidade, o que, em tese, poderá, além dos recursos ordinários, ensejar o manuseio de reclamação constitucional.

Como cautela, importa estudar cada uma das quinze razões de decidir, não sem antes realizar um apanhado histórico acerca do entendimento, um pouco mais remoto, do Supremo Tribunal Federal, acerca da natureza destas decisões (natureza processual - poder geral de cautela), conforme julgamento proferido na Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADECON) 4³.

3 STF. ADECON 4. Supremo Tribunal Federal. Coordenadoria de Análise de Jurisprudência. DJe nº. 213 Divulgação 29/10/2014 Publicação 30/10/2014. Ementário nº 2754-1.

4_ AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE 4 (PODER GERAL DE CAUTELA): Esvaziada ou potencializada pela ADI 5941?

A Ação Declaratória de Constitucionalidade 4, julgada em 1º. de outubro de 2008, com relatório do Min. Sydney Sanches e acórdão relatado pelo Min. Celso de Mello, foi movida pela Presidente da República, pelas Mesas do Senado Federal e pela Câmara dos Deputados, e visava à declaração de constitucionalidade do art. 1º., da Lei nº. 9.494/1997, em que se converteu a Medida Provisória nº. 1.571-5, de 21 de agosto de 1997, que limitou o poder do juiz, ao proibir a concessão de medida liminar, em tutela antecipada contra a Fazenda Pública, aduzindo os autores a inexistência de ofensa aos princípios da inafastabilidade do Poder Judiciário e do amplo acesso ao Judiciário.

O impedimento do magistrado em deferir antecipação de tutela contra a Fazenda Pública foi declarado inconstitucional, pois nenhuma lesão a direito individual pode ser subtraída ao controle do Poder Judiciário.

Cita-se este precedente por ser construtor da materialização do princípio do livre convencimento do magistrado, no ato decisório envolvendo a tutela específica da obrigação, situação processual pano de fundo para a determinação de medidas típicas (como as astreintes, a remoção de pessoas e coisas, a exibição de documentos) ou atípicas, de modo que constitui importante precedente na direção do temperamento da obrigatoriedade do magistrado em ter que deferir medidas constritivas quando estas lhe pareçam impertinentes.

Aparentemente, a ADI 5941 parece ter tratado do mesmo assunto da ADECON 4, qual seja, o poder geral de cautela, na efetividade do processo. Ainda que não o tenha citado como precedente, as quinze *ratios decidendi* reforçam o poder do magistrado, inclusive com uso criativo de medidas de apoio atípicas, embora numa leitura desatenta possa parecer que as conclusões da ADI 5941 possam transformar o poder-dever, num dever-poder.

Não se pode ignorar que a ADECON foi julgada sob a égide do CPC de 1973, ao passo que a ADI 5941 foi julgada na vigência do CPC/2015, em especial de seu art. 927, que prevê a obrigatoriedade do magistrado observar os julgamentos do STF em matéria de controle de constitucionalidade.

Por conseguinte, *deve-se harmonizar o julgamento da ADI 5941 com o livre convencimento do magistrado, no poder geral de cautela, para uma compreensão histórica das ratios decidendi da ADI 5941, considerando a atualização da guinada processual trazida pelo CPC/2015, mas sem fraturas históricas, com o julgamento paradigmático da ADECON 4. Neste diapasão, passa-se a analisar as quinze ratios*

decidendi da ADI 5941.

5_ PODER VINCULANTE OU PERSUASIVO DAS RATIOS DECIDENDI DA ADI 5941

Por razão didática e de coesão, verifica-se a viabilidade do agrupamento das razões de decidir, da ADI 5941, em quatro grupos, visto a pertinência e similitude temática. No primeiro grupo imperam os princípios constitucionais do acesso à Justiça, sob o ponto de vista da efetividade, bem como da razoável duração do processo. O cunho principiológico é a base constitucional de todos os processos, a teor do art. 1º., do CPC; logo, tais *ratios decidendi* sob o aspecto de regra vinculante não dizem respeito especificamente a uma ou outra medida típica ou atípica, mas resumem os fundamentos da decisão, que pode ser aplicado a todos os institutos processuais, indistintamente:

- 1_ O acesso à Justiça reclama tutela jurisdicional tempestiva, efetiva e específica sob o ângulo de sua realização prática;
- 2_ A morosidade e inefetividade das decisões judiciais são lesivas à toda a sociedade, porquanto, para além dos efeitos diretos sobre as partes do processo, são repartidos pela coletividade os custos decorrentes da manutenção da estrutura institucional do Poder Judiciário, da movimentação da sua máquina e da prestação de assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos.
- 3_ A efetividade e celeridade das decisões judiciais constitui uma das linhas mestras do processo civil contemporâneo, como se infere da inclusão, no texto constitucional, da garantia expressa da razoável duração do processo (artigo 5º, LXXVIII, após a Emenda Constitucional nº 45/2004) e da positivação, pelo Novo Código de Processo Civil, do direito das partes “de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa.”⁴

O acesso à Justiça, efetividade e celeridade fazem parte da noção ética de processo justo, argumento ético da universalidade, com prestação qualitativa integral, preditismo e segurança jurídica. Desta forma, não se está diante de regras específicas, para as quais

4 STF. ADI 5941. Supremo Tribunal Federal. Rel. Min. Luiz Fux. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15357613301&ext=.pdf>. Acesso em: 24 jun. 2024.

se possa vincular o magistrado, tampouco ensejar o descumprimento de decisão do Supremo Tribunal Federal que justificasse o manuseio de reclamação constitucional.

No segundo grupo, enumerado pelas razões 4 à 7, nota-se a espacialidade de aplicação das medidas de apoio à primazia da tutela específica, tanto das obrigações de fazer, não fazer e dar/entregar, e até mesmo para o implemento de medida que importe em prestação pecuniária (como um benefício previdenciário ou dever de distribuição de lucros de uma empresa), por isso, de início, o uso das expressões “A execução ou satisfação daquilo que devido representa...”. Logo, para o fim do inciso I, do art. 927, do CPC, os excertos 4 a 7 importam em razões de decidir vinculante, porque atinentes às medidas de apoio típicas e atípicas da tutela específica, prevista nos arts. 497 a 501, quanto ao processo de conhecimento, 300 a 311 sobre as tutelas provisórias, 536 ao 538 no cumprimento de sentença e, na ação de execução, dos arts. 803 a 826, do CPC. Há, portanto, um dever-poder:

4_ A execução ou satisfação daquilo que devido representa verdadeiro gargalo na prestação jurisdicional brasileira, mercê de os estímulos gerados pela legislação não terem logrado suplantar o cenário prevalente, marcado pela desconformidade geral e pela busca por medidas protelatórias e subterfúgios que permitem ao devedor se evadir de suas obrigações.

5_ Os poderes do juiz no processo, por conseguinte, incluem “determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial, inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária” (artigo 139, IV), obedecidos o devido processo legal, a proporcionalidade, a eficiência, e, notadamente, a sistemática positivada no próprio NCPC, cuja leitura deve ser contextualizada e razoável à luz do texto legal.

6_ A amplitude semântica das cláusulas gerais permite ao intérprete/aplicador maior liberdade na concretização da fattispecie – o que, evidentemente, não o isenta do dever de motivação e de observar os direitos fundamentais e as demais normas do ordenamento jurídico e, em especial, o princípio da proporcionalidade.

7_ A significação de um mandamento normativo é alcançada quando se agrega, à filtragem constitucional, a interpretação sistemática da legislação infraconstitucional – do contrário, de nada aproveitaria a edição de códigos, microssistemas, leis interpretativas, meta-normas e cláusulas gerais. Essa assertiva assume ainda maior relevância diante

do Direito codificado: o intérprete não pode permanecer indiferente ao esforço sistematizador inerente à elaboração de um código, mercê de se exigir do Legislador a repetição, ad nauseam, de preceitos normativos já explanados em títulos, capítulos e seções anteriores (BRASIL, 2023).

Vale dizer que a tutela específica tem natureza executiva, por isso ser o processo sincrético, com medidas de execução ao longo da fase de conhecimento. Sua gênese no ordenamento jurídico brasileiro está no art. 83, do Código de Proteção e Defesa do Consumidor, portanto data de 1990, sendo posteriormente positivada no CPC, em 1994, quando da edição do art. 273, do CPC/73 que passou a prever a antecipação dos efeitos da tutela. Os parágrafos 4º. ao 7º., acima transcritos, fazem parte do microsistema da tutela específica; o CPC de 2015 sistematizou-o na tutela provisória, de conhecimento, de cumprimento de sentença e executiva, e orbitou em torno de todas estas hipóteses a previsão do artigo 139, inciso IV, do CPC.

Em seguida, verifica-se nos itens 8 a 10 o prestígio ao sistema recursal como forma de correção de eventual equívoco ou exagero do julgador, a denotar a importância do sistema processual como algo coerente, com a possibilidade do contraditório, para a dialética e a participação das partes, com prestígio à boa-fé no processo. Não há regra vinculativa explícita:

8_ A correção da proporcionalidade das medidas executivas impostas pelo Poder Judiciário reside no sistema recursal consagrado pelo NCPD.

9_ A flexibilização da tipicidade dos meios executivos visa a dar concreção à dimensão dialética do processo, porquanto o dever de buscar a efetividade e razoável duração do processo é imputável não apenas ao Estado-juiz, mas, igualmente, às partes.

10_ O Poder Judiciário deve gozar de instrumentos de enforcement accountability do comportamento esperado das partes, evitando que situações antijurídicas sejam perpetuadas a despeito da existência de ordens judiciais e em razão da violação dos deveres de cooperação e boa-fé das partes – o que não se confunde com a punição a devedores que não detêm meios de adimplir suas obrigações (BRASIL, 2023).

No item 11, a complexidade dos processos coletivos, bem como os estruturais, demandam do julgador uma visão internacionalista, empírica, pela análise de casos de sucesso, para bem criar medidas atípicas efetivas e duradouras, sob a ótica da dimensão econômica do Direito. Dado o aspecto criativo, também os parágrafos que

seguem apresentam argumentação persuasiva e permissiva. Um poder-dever:

11_ A variabilidade e dinamicidade dos cenários com os quais as Cortes podem se deparar (e.g. tutelas ao meio ambiente, à probidade administrativa, à dignidade do credor que demanda prestação essencial à sua subsistência, ao erário e patrimônio públicos), torna impossível dizer, a priori, qual o valor jurídico a ter precedência, de modo que se impõe estabelecer o emprego do raciocínio ponderativo para verificar, no caso concreto, o escopo e a proporcionalidade da medida executiva, vis-à-vis a liberdade e autonomia da parte devedora (BRASIL, 2023).

O item 12 refere-se especificamente às medidas atípicas de apreensão da CNH ou suspensão do direito de dirigir, apreensão de passaporte, proibição de participação em concurso público e licitação pública, e prevê serem constitucionais tais medidas, desde que aplicadas com necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito, cotejando com o parágrafo 13 acerca da análise econômica do direito, tornando a celeridade processual concreta. Há, portanto, *ratio decidendi* vinculativa aos demais órgãos jurisdicionais, pois os sopesos dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, tais quais ensinados por Robert Alexy, coadunam com o livre convencimento do magistrado, nos termos da ADECON 4:

12_ *In casu*, o argumento da eventual possibilidade teórica de restrição irrazoável da liberdade do cidadão, por meio da aplicação das medidas de apreensão de carteira nacional de habilitação e/ou suspensão do direito de dirigir, apreensão de passaporte, proibição de participação em concurso público e proibição de participação em licitação pública, é imprestável a sustentar, só por si, a inconstitucionalidade desses meios executivos, máxime porque a sua adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito apenas ficará clara à luz das peculiaridades e provas existentes nos autos.

13_ A excessiva demora e ineficiência do cumprimento das decisões judiciais, sob a perspectiva da análise econômica do direito, é um dos fatores integrantes do processo decisório de escolha racional realizado pelo agente quando deparado com os incentivos atinentes à propositura de uma ação, à interposição de um recurso, à celebração de um acordo e à resistência a uma execução. Num cenário de inefetividade generalizada das decisões judiciais, é possível que o devedor não tenha incentivos

para colaborar na relação processual, mas, ao contrário, seja motivado a adotar medidas protelatórias, contexto em que, longe de apresentar estímulos para a atuação proba, célere e cooperativa das partes no processo, a legislação (e sua respectiva aplicação pelos julgadores) estará promovendo incentivos perversos, com maiores payoffs apontando para o descumprimento das determinações exaradas pelo Poder Judiciário.⁵

Por fim, os dois últimos parágrafos, dos fundamentos da ADI 5941, trazem o aspecto relevante do processo civil como instrumento de desenvolvimento social, a denotar, mais uma vez, a primazia da tutela específica e da razoável duração do processo, a prestigiar e respaldar o exercício livre da jurisdição, mas sob as balizas constitucionais e do Direito objetivo processual, a concluir pela constitucionalidade do art. 139, inciso IV, de modo que não pode ser afastada a sua aplicação quando pugnada pela parte, sob o fundamento de inconstitucionalidade. Neste ponto, os parágrafos a seguir vinculam os demais aplicadores da legislação:

14_ A efetividade no cumprimento das ordens judiciais, destarte, não serve apenas para beneficiar o credor que logra obter seu pagamento ao fim do processo, mas incentiva, adicionalmente, uma postura cooperativa dos litigantes durante todas as fases processuais, contribuindo, inclusive, para a redução da quantidade e duração dos litígios.

15_ *In casu*, não se pode concluir pela inconstitucionalidade de toda e qualquer hipótese de aplicação dos meios atípicos indicados na inicial, mercê de este entendimento, levado ao extremo, rechaçar quaisquer espaços de discricionariedade judicial e inviabilizar, inclusive, o exercício da jurisdição, enquanto atividade eminentemente criativa que é. Inviável, pois, pretender, apriorística e abstratamente, retirar determinadas medidas do leque de ferramentas disponíveis ao magistrado para fazer valer o provimento jurisdicional.⁶

Conclui-se, por conseguinte, pela constitucionalidade do art. 139, inciso IV, do CPC, com aspectos vinculantes com relação à *ratio decidendi* enumeradas de 4 a 7, porque pertinentes às medidas de apoio à tutela específica, previstas nos arts. 83, do

5 STF. ADECON 4. Supremo Tribunal Federal. Coordenadoria de Análise de Jurisprudência. DJe nº. 213 Divulgação 29/10/2014 Publicação 30/10/2014. Ementário nº 2754-1.

6 STF. ADI 5941. Supremo Tribunal Federal. Rel. Min. Luiz Fux. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15357613301&ext=.pdf>. Acesso em: 24 jun. 2024.

CDC e 300 a 311 das tutelas provisórias, 536 ao 538 no cumprimento de sentença e, na ação de execução, dos arts. 803 a 826, do CPC. *Há, portanto, um dever-poder inerente ao poder de decisão do juiz, de sorte que a aplicação ao caso concreto é medida única do próprio juiz do caso, fiel aos princípios do processo civil e a realização da Justiça ao caso concreto* – pois emana do poder geral de cautela do juiz da causa, nos moldes de prévios pronunciamentos de controle de constitucionalidade (ADECOR n. 4).

Tal assertiva guarda estreita consonância aos princípios do amplo acesso à Justiça e ao devido processo legal que conferem ao juiz da causa o reconhecimento dos limites da jurisdição ao caso concreto, sob a perspectiva de dosar a razoabilidade ao caso em julgamento e determinar as medidas restritivas de apoio à efetiva solução da lide.

Somente assim, congregar-se-á o respeito ao núcleo essencial da jurisdição constitucional, bem como ao devido espaço à jurisdição contenciosa do caso concreto, premissa basilar ao nosso sistema judicial, cuja originalidade não poderá ser absorvida pela aplicação objetiva de controle de constitucionalidade – sob pena de aversão a regra basilar desde os romanos, segundo a qual, cabe ao juiz aplicar o direito ao caso concreto. Sob esses limites, a reclamação constitucional só se fará presente em pronunciamento vago de inconstitucionalidade abstrata do art. 119 do CPC.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Mostra-se riquíssima a enumeração da *ratio decidendi* da ADI 5941. Sua leitura denota critérios e métodos de significação hermenêutica abrangente a todo sistema processual, quiçá a todo ordenamento jurídico, embora o julgamento tivesse como objeto apenas pedido de inconstitucionalidade do art. 139, inciso IV, do CPC, pretensão autoral julgada improcedente. Ao contrário de estabelecer curtos brocardos, cada um dos quinze parágrafos tem carga principiológica intensa, de modo que torna possíveis aprofundamentos e o desabrochar criativo do aplicador do Direito, cuja aplicação é própria do juiz da causa e de sua prudente conveniência para tutelar o bem da vida postulado.

REFERÊNCIAS

- ADECON 4. Supremo Tribunal Federal. Coordenadoria de Análise de Jurisprudência. DJe nº. 213 Divulgação 29/10/2014 Publicação 30/10/2014. Ementário nº 2754-1
- ADI 5941. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15357613301&ext=.pdf>. Acesso em: 24 jun. 2024.
- BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Novo Código de Processo Civil. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 24 jun. 2024.
- Conselho Nacional de Justiça (CNJ). Justiça em Números 2023. Conselho Nacional de Justiça. – Brasília: CNJ, 2023. Disponível em: www.cnj.jus.br. Acesso em: 17 nov. 2023.
- MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel; ARENHART, Sérgio Cruz. O Novo Processo Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
- MELLO, Patrícia Perrone Campos; BARROSO, Luís Roberto. Trabalhando com uma nova lógica: a ascensão dos precedentes no Direito brasileiro. Revista AGU, v. 15, n. 3. p. 9-52, jul./set. 2016.
- MITIDIERO, Daniel. Precedentes: da persuasão à vinculação. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.
- SEVERINO, Antonio Joaquim. Metodologia do Trabalho Científico (livro eletrônico). São Paulo: Cortez, 2013.
- STRECK, Lenio. Precedentes. Dicionário de hermenêutica: 50 verbetes fundamentais de acordo com a crítica hermenêutica do direito. 2. ed. Belo Horizonte: Letramento, 2021.

Sociedade de Risco e Emergência Climática: uma breve incursão¹

Risk society and climate emergency: a brief incursion

FERNANDO REI²
MARCOS RENATO SCHAHIN³
MAYARA FERRARI LONGUINI⁴

Resumo: A emergência da crise climática e suas implicações ensejam a humanidade a repensar a sociedade de risco implantada. Os objetivos deste artigo visam compreender e questionar o paradigma das mudanças climáticas na sociedade de risco. A metodologia utilizada é a bibliográfica e dedutiva, pois faz uma incursão teórica em autores internacionais e nacionais que corroboram com a análise conceitual do artigo. As conquistas sociais e os direitos já garantidos estão em constante ameaça com a transformação rápida advinda das extenuantes e incontáveis mudanças socioclimáticas. A principal conclusão encontrada é constatação do prejuízo socioambiental, do incremento de vulnerabilidades, apesar da legitimação dos impactos resultantes das atividades humanas, derivada da assunção dos riscos absorvidos pela sociedade.

Palavras-chave: sociedade de risco; mudança climática; racionalidade ambiental; desafios distributivos; modernidade industrial.

Abstract: The emergence of the climate crisis and its implications prompt humanity to rethink the implanted risk society. The objectives of this article are to understand and question the paradigm of climate change in the risk society. The methodology used is bibliographic and deductive, as it makes a theoretical incursion into international and national authors who corroborate the conceptual analysis of the article. The social

1 Este trabalho foi apresentado no VII Congresso Internacional de Direito Ambiental Internacional, em outubro de 2023, e publicado em seus Anais.

2 Doutor em Direito do Estado pela Universidade de Alicante e em Direito Internacional pela Universidade de São Paulo. Professor Titular de Direito Ambiental no Centro Universitário Armando Alvares Penteado – FAAP e Professor Associado do Programa de Doutorado em Direito Ambiental Internacional da Universidade Católica de Santos. Santos. E-mail:fernandorei@unisantos.br

3 Doutor em Direito Ambiental Internacional pela Universidade Católica de Santos. Professor do Centro Universitário Armando Alvares Penteado. E-mail: mrschahin@faap.br

4 Doutora em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Professora no Centro Universitário Armando Alvares Penteado – FAAP. Pesquisadora membro do Grupo de Pesquisa Estado e Economia no Brasil do PPGDPE-Mackenzie. São Paulo. E-mail: mflonguini@faap.br

conquests and the rights already guaranteed are in constant threat with the rapid transformation resulting from the strenuous and uncontrollable socio-climatic changes. The main conclusion found is the verification of the socio-environmental damage, the increase of vulnerabilities, despite the legitimization of the impacts resulting from human activities, derived from the assumption of risks absorbed by society.

Keywords: risk society; climate change; environmental rationality; distributive challenges; industrial modernity.

INTRODUÇÃO

O presente artigo tem a intenção de trazer para o debate os paradoxos da sociedade de risco, seu *modus operandi* e as incoerências que marcam a modernidade. Neste panorama, os paradigmas da sociedade de risco, com seus modelos econômico, social e político vigentes, além das relações de produção e consumo geram contradições que inviabilizam as dinâmicas naturais e os ciclos ecológicos. Neste sentido, para tentar fazer um contraponto e compreender as implicações desse modelo diante das mudanças climáticas se justifica a escrita deste artigo.

Ele está dividido em três seções. Após a introdução a primeira trata da lógica da modernidade industrial clássica à sociedade reflexiva. A segunda seção aborda essa sociedade de risco sem fronteiras e a realidade e a tendência crescente de eventos climáticos extremos e, por fim, conclusões.

A metodologia empregada é a bibliográfica e dedutiva, a partir da análise de conteúdos em sites, livros e periódicos que abordam de modo interdisciplinar essa problemática complexa. A insustentabilidade do modo de produção, as situações de consumo e a própria composição da modernidade reflexiva implicam naturalmente em riscos, alguns incontroláveis e insolúveis, reclamando a necessidade de transição para um novo modelo jurídico-político para solução das indesejáveis demandas geradas.

1_DA MODERNIDADE INDUSTRIAL CLÁSSICA À SOCIEDADE DO RISCO

A lógica da modernidade industrial clássica, que começa a se impor ao final do século XVIII, é marcada pela ideia de progresso material sem a consciência do impacto e da finitude dos recursos naturais, a partir desse período o ser humano tentou controlar a natureza com a tecnologia querendo incorporá-la ao ritmo de produção das esteiras fabris⁵. Somado a esse fenômeno, algumas mudanças sociais como o aumento populacional, a maior expectativa de vida e o aumento do padrão de consumo, contribuíram para construção de um novo cenário.

Com a consolidação da modernidade as bases do medievo perderam força, foram mitigados os efeitos tradicionais e religiosos, abrindo espaço para a racionalização e apropriação dos fenômenos naturais pelo ser humano.

Na virada do século XXI, a modernidade industrial clássica se defronta com novos problemas que indicam um momento de mudança histórica, fazendo surgir a sociedade industrial de risco. Tais problemas são autorreferenciais, “se no século XIX foram os privilégios estamentais e as imagens religiosas do mundo que passaram por um desencantamento, hoje é o entendimento tecnológico da sociedade industrial clássica que passa pelo mesmo processo”.⁶

A sociedade industrial clássica está sendo superada justamente pela sua concretização, que trouxe consequências que estão arriscando as condições básicas de vida produzidas por ela. É uma civilização que ameaça a si mesma, tendo em vista que a produção de riqueza é acompanhada igualmente por uma incessante produção de riscos, seus efeitos secundários indicam a necessidade de transição para um novo modelo jurídico-político para solução das demandas criadas pelo seu sucesso.⁷

Os riscos ambientais, como as mudanças climáticas; os riscos sociais, como o trânsito, a marginalização e a violência; os riscos políticos, como os regimes totalitários; os riscos econômicos, como as constantes crises do sistema financeiro; os riscos tecnológicos, como a energia nuclear e a inteligência artificial entre outros tomam proporções cada vez maiores⁸, escapando da alçada das instituições de controle e proteção da sociedade industrial clássica.

5 BECK, Ulrich. Sociedade de Risco: rumo a uma outra modernidade. São Paulo: Editora 34, 2010, p. 9

6 BECK, Ulrich. Sociedade de Risco: rumo a uma outra modernidade. São Paulo: Editora 34, 2010. p. 13.

7 BECK, op. cit. p. 16.

8 MENDES, José Manuel. Sociologia do Risco: uma breve introdução e algumas lições. Imprensa da Universidade de Coimbra, 2015. p. 23.

“Este novo estágio, em que o progresso pode se transformar em autodestruição, em que um tipo de modernização destrói o outro e o modifica”, é o que Ulrich Beck denominou como modernização reflexiva⁹.

O sucesso da modernização industrial clássica volta-se contra ele mesmo, por isso é reflexivo, precisa se reinventar para não padecer dos próprios males.

A modernidade industrial clássica se estruturou para superar desafios distributivos frente à escassez de bens materiais, a solução foi o modelo de produção industrial em larga escala. Tal escassez foi resolvida nos países desenvolvidos¹⁰, mas é ainda presente nos países em desenvolvimento¹¹.

Os riscos gerados por esse modelo de produção em larga escala são um problema presente não apenas nos países em desenvolvimento¹², mas também nos desenvolvidos¹³.

“Na modernidade reflexiva, a produção social de riqueza é acompanhada sistematicamente pela produção e distribuição social de riscos”¹⁴. A título de exemplo, já foi objeto de discussão na Suprema Corte brasileira¹⁵, o conflito acerca da proibição da importação de pneus usados de países desenvolvidos para o Brasil. Antes mesmo desse pleito específico chegar ao STF, já havia um debate pertinente à importação de bens de consumo usados em geral. Em outras palavras, a restrição à importação de diversos produtos usados já era uma imposição de longa data, pois países desenvolvidos que produzem grande quantidade de resíduos sólidos em seu território tendem, com a justificativa da livre iniciativa/comércio, a enviar bens de consumo no final de sua vida útil, ou mesmo já considerados obsoletos, para países em desenvolvimento, geralmente incapazes de descartar adequadamente tais bens, ou ainda, de gerir tais resíduos de forma menos impactante para o meio ambiente.

No caso dos pneus usados que o Brasil recebia de outros países como “solução” para suprir o mercado interno de segunda mão, percebe-se a principal característica da modernidade reflexiva: o país importava um bem de consumo, participando da

9 BECK, Ulrich; GIDDENS, Anthony; LASH, Scott. *Modernização Reflexiva: política, tradição e estética na ordem social moderna*. São Paulo: Unesp, 1997. p.12.

10 ONU. China e Estados Unidos lideram lista de países que mais geram lixo eletrônico. 2020. Disponível em: <https://news.un.org/pt/story/2020/07/1719142> Acesso em: 19 jul. 2023.

11 ONU. ONU faz alerta para 19 países em grave risco de fome. 2022. Disponível em: <https://news.un.org/pt/story/2022/09/1801811> Acesso em: 19 jul. 2023.

12 PAIXÃO, Mayara. Blecautes diários e cólera expõem crise e ‘lobby do carvão’ na África do Sul. 2023. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/mundo/2023/06/blecautes-diaros-e-colera-expoem-crise-e-lobby-do-carvao-na-africa-do-sul.shtml> Acesso em: 19 jul. 2023.

13 PARLAMENTO EUROPEU. Redução das emissões de carbono: objetivos e políticas da União Europeia. 2023. Disponível em: <https://www.europarl.europa.eu/news/pt/headlines/society/20180305STO99003/reducao-das-emissoes-de-carbono-metas-e-politicas-da-ue> Acesso em 19 jul. 2023.

14 BECK, 2010, Op. Cit., p. 23.

15 O julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF 101 – que visava garantir segurança jurídica com relação às decisões judiciais que envolviam atos normativos proibitivos da importação de pneus usados – aconteceu no dia 24 de junho de 2009 e foi declarada constitucional.

sua cadeia produtiva de consumo do bem, sem considerar o passivo ambiental e as consequências socioambientais de tal ação. Nota-se por meio desse exemplo que ao aceitar um produto com as características do pneu, essencial dentro da indústria automotiva, mas feito de material de grande impacto para o meio ambiente, **o país** comprador ficava sozinho com a responsabilidade de gerir os riscos, absorvendo custos ambientais em seu território e trazendo prejuízos de ordem também social para sua população.

Conforme o exemplo acima exposto, a distribuição dos bens é pensada de forma nacional, já os males ultrapassam essas barreiras, ficando a nação produtora com a totalidade dos bens produzidos, mas compartilhando os males de maneira global¹⁶.

A distribuição injusta entre bens e males não pode ser resolvida pelo modelo jurídico-político do Estado Nação pensado pela modernidade clássica¹⁷, é preciso desenvolver uma perspectiva cosmopolita dos problemas¹⁸.

Portanto, deve imperar uma nova ética de responsabilidade global, orientada para o futuro, tendo os riscos como causa e meio de mudança social, pois é a partir deles que a sociedade deve ser organizada¹⁹. Portanto, a sociedade de risco é o termo usado para descrever a maneira pela qual a sociedade moderna reflexiva se organiza em resposta ao risco, que pode ser majorado ou reduzido pelas escolhas políticas²⁰.

Diante desse cenário, a política se junta à ciência, em conformidade ou não, para delimitar quais são as atividades de risco, já que nem todas são facilmente percebidas como tal pela população²¹.

Assim sendo, a consciência dos riscos adquire relevância política, pois os riscos socialmente conhecidos deixam de ser dados técnicos e se tornam dados de construção política²². É nesse campo que se travam as disputas que definem os limites aos riscos.

A política da invisibilidade dos riscos passa a ser um dos elementos para sua distribuição, os riscos se tornam imperceptíveis, pois estão continuamente sendo dotados de invisibilidade pelas indústrias e países que os produzem.

Importante ressaltar que a expansão dos riscos não altera a lógica capitalista da modernidade industrial clássica, que continua gerando necessidades insaciáveis inerentes

16 BECK, Ulrich. *Sociedade de Risco: rumo a uma outra modernidade*. São Paulo: Editora 34, 2010. p. 53
17 BECK, Ulrich. *Sociedade de Risco: rumo a uma outra modernidade*. São Paulo: Editora 34, 2010. p. 58.
18 MENDES, José Manuel. *Sociologia do Risco: uma breve introdução e algumas lições*. Imprensa da Universidade de Coimbra, 2015. p. 39.
19 GUIVANT, Júlia Silvia. O legado de Ulrich Beck. In: *Ambiente & Sociedade*, v. XIX, n.1, p. 229-240, jan.-mar. São Paulo, 2016. p. 231.
20 MENDES, Op. cit., p. 22.
21 Idem. MENDES, 2015, p. 24
22 MENDES, Op. cit., p. 24

ao seu modelo econômico dependente da circulação de mercadorias em larga escala²³.

Outro desafio a ser enfrentado pela modernidade reflexiva é o da desigualdade social frente aos riscos, pois a modernidade industrial clássica pensava a desigualdade social apenas pela distribuição de bens e não na distribuição dos males²⁴, que passa a ser um elemento central da política contemporânea²⁵.

As desigualdades econômicas são potencializadas, pois são essas diferenças que permitem, aos já privilegiados pela distribuição desigual dos bens, a mitigação dos efeitos dos riscos, impondo aos desfavorecidos as piores consequências de um sistema que lhes aflige com a maior quantidade de males²⁶.

Dessa forma, essa parcela populacional é colocada em situação de vulnerabilidade social, o que implica numa maior exposição aos fenômenos danosos e menor capacidade de resiliência e recuperação²⁷.

Nesse sentido, é importante observar que a modernidade industrial clássica propagou a ideia de acabar com os determinismos sociais impostos pelos estamentos para oferecer às pessoas uma posição na estrutura social em razão das suas próprias escolhas e esforços, porém a modernidade reflexiva apresentou um novo tipo de determinismo em função do risco, do qual nenhum esforço permite escapar²⁸.

Agora, os desastres climáticos não podem mais ser vistos como obra do acaso ou do divino, como eram vistos na antiguidade e no medievo, portanto devem ser concebidos como uma questão de justiça, a externalização dos males deve ser pensada pela política cosmopolita²⁹, que distribui os mesmos direitos a todas as pessoas independente do estrato social ou da nacionalidade.

2_RISCO SEM FRONTEIRAS E A TENDÊNCIA CRESCENTE DE DESASTRES CLIMÁTICOS

As alterações no sistema climático afetam a natureza por meio do desequilíbrio no clima do planeta causado pelas emissões antrópicas de gases de efeito estufa. Tais gases, liberados em diferentes lugares do globo, contribuem para o mencionado desequilíbrio. Fenômenos atmosféricos potencialmente perigosos incluem ciclones

23 BECK, Ulrich. Sociedade de Risco: rumo a uma outra modernidade. São Paulo: Editora 34, 2010. p. 28

24 Idem, p.41.

25 MENDES, José Manuel. Sociologia do Risco: uma breve introdução e algumas lições. Imprensa da Universidade de Coimbra, 2015. p. 19.

26 Idem, p. 48.

27 Idem, p. 74.

28 BECK, Ulrich. Op. Cit. p. 8.

29 MENDES, Op. Cit., p. 25.

tropicais, tempestades, tornados, seca, chuva, granizo, neve, raios, neblina, vento, temperaturas extremas, poluição do ar e mudanças climáticas³⁰.

Por esse motivo é possível afirmar que as mudanças climáticas não conhecem fronteiras e alcançam proporções globais quando se trata do aumento da temperatura média global, bem como, do aumento da frequência de eventos climáticos extremos e de desastres climáticos.

Os eventos relacionados à mudança no clima, também chamados de eventos climáticos, são um conjunto de eventos naturais que oferecem riscos econômicos e sociopolíticos. Silenciosos ou alarmantes, na grande maioria das vezes, os impactos são catastróficos e transfronteiriços. O que é feito no Brasil, na China ou nos Estados Unidos da América pode gerar consequências em outras regiões do planeta³¹.

Assim, quando se trata de risco, os eventos relacionados à natureza dentro dos ciclos climáticos podem ser considerados como de força maior, comumente exemplificado pelos fenômenos da natureza, tais como, tempestades, furacões, raios, enchentes. Nesse sentido, eventos climáticos são eventos naturais, pois furacões, secas, inundações e ventos fortes já aconteciam com alguma frequência em várias partes do mundo.

No entanto, a cada ano que passa, são registrados recordes no aumento da temperatura média do planeta, além de verificada uma maior escala de destruição em razão da constância de tais eventos. Esse cenário crítico passou a ser chamado pelo Painel Intergovernamental de Mudanças Climáticas da ONU (IPCC) de crise climática ou emergência climática³².

No seu mais recente Relatório de Avaliação (AR6)³³ o IPCC aponta a gravidade da situação, alertando para a multiplicação de eventos extremos e afirmando que a expectativa de crescimento da temperatura média global em 1,5 grau Celsius já

30 HOBBS, J.E. Climatic hazards. In: Climatology. Encyclopedia of Earth Science. Springer, Boston, MA, 1987. https://doi.org/10.1007/0-387-30749-4_42

31 LONGUINI, Mayara Ferrari. Governança Climática no Estado de São Paulo. Belo Horizonte: Editora Dialética, 2020. p. 26.

32 IPCC. Intergovernmental Panel on Climate Change. Sexto Relatório (AR6) do Painel Intergovernamental de Mudanças Climáticas da ONU. 2023. Disponível em: <https://www.ipcc.ch/report/sixth-assessment-report-cycle> Acesso em 19 de julho de 2023.

33 No dia 20 de março de 2023, o Painel Intergovernamental sobre Mudanças Climáticas (IPCC) divulgou seu tão esperado Relatório Síntese, com um resumo do atual conhecimento científico sobre as mudanças climáticas, seus impactos e riscos, além das medidas de mitigação e adaptação. O relatório consolidado é baseado nas conclusões dos relatórios previamente publicados pelos três grupos de trabalho que compõem o IPCC, além de outros três relatórios especiais, encerrando seu 6º ciclo de trabalhos.

foi ultrapassada e que a janela de oportunidade para não ultrapassar 2 graus está se fechando³⁴.

O novo recorde histórico para a temperatura média global é de 17,23 graus Celsius, registrado no dia 6 de julho de 2023. Tal marco sucedeu recordes anteriores e especialistas afirmam que esses marcos podem colocar 2023 como o ano mais quente já registrado desde a Revolução Industrial. Os três registros dentro da mesma semana deixaram para trás o último recorde histórico de calor, 16,92 graus Celsius, observado em 2016³⁵.

Dentro desse contexto de riscos ambientais e exposição dos mais vulneráveis aos eventos e desastres, a desigualdade social se acentua ainda mais. As pessoas estão percebendo na prática o impacto dos eventos extremos, que atingem de forma e intensidade diferente grupos sociais diversos, isto é, quando ocorrem desastres o cenário de desigualdades entre grupos e classes sociais se intensifica, destacando as condições precárias de acesso à renda e aos serviços básicos de cidadania. Isso porque na sociedade de risco os custos ambientais são externalizados e os riscos distribuídos para além das fronteiras daqueles que os produzem. Pessoas e países vulneráveis pelem pela chamada Justiça Climática³⁶, pois os impactos das mudanças climáticas afetam de forma e intensidade diferente grupos sociais diversos.

Os impactos advindos da mudança do clima afetam a todos, contudo, a intensidade dessas mudanças e a capacidade dos indivíduos e dos grupos sociais em administrar as consequências de tais impactos é que são diferenciados. Como pode se verificar em uma série de desastres climáticos devastadores em várias partes do mundo. Para citar alguns ocorridos recentemente, Ciclone Idai³⁷, ondas de calor mortais na Índia, Paquistão e Europa e inundações no sudeste da Ásia. De Moçambique a Bangladesh, milhões de pessoas já perderam suas casas, meios de subsistência e entes queridos como resultado de eventos climáticos extremos mais perigosos e mais frequentes.

No Brasil, eventos e desastres climáticos expõem a realidade de um país muito vulnerável às mudanças climáticas. Episódios em diferentes cidades do Brasil demonstraram a vulnerabilidade da população frente às chuvas torrenciais que

34 IPCC. Intergovernmental Panel on Climate Change. Sexto Relatório (AR6) do Painel Intergovernamental de Mudanças Climáticas da ONU. 2023. Disponível em: <https://www.ipcc.ch/report/sixth-assessment-report-cycle> Acesso em 19 de julho de 2023.

35 CLIMATE REANALYZER. Climate Change Institute. Climate Data Time Series. 2023. Disponível em: https://climatereanalyzer.org/clim/t2_daily/ Acesso em: 10 de julho de 2023.

36 O termo justiça climática, embora usado de diferentes maneiras em contextos diferentes por comunidades diferentes, geralmente inclui três princípios: justiça distributiva que se refere à alocação de ônus e benefícios entre indivíduos, nações e gerações; justiça processual que se refere a quem decide e participa da tomada de decisão; e reconhecimento que envolve respeito básico e envolvimento robusto e consideração justa de diversas culturas e perspectivas. Vide ROBINSON, Mary. Justiça Climática - Esperança, resiliência e a luta por um futuro sustentável. São Paulo: Civilização Brasileira, 2021

37 OXFAM INTERNATIONAL. Five Natural Disasters that Beg for Climate Action. 2023 Disponível em: <https://www.oxfam.org/en/5-natural-disasters-beg-climate-action> Acesso em: 21 de jul. de 2023.

causaram prejuízos graves e até mortes. Somada ao fato de que a urbanização precária nas grandes cidades contribui para alagamentos e enchentes em períodos do verão.

Eventos como secas, queimadas, desertificação, indisponibilidade hídrica, secas prolongadas, enchentes, aumento do nível dos rios e do mar, variação na quantidade e no preço dos alimentos, trazem à tona a injustiça já que atinge as populações em maior vulnerabilidade socioeconômica como as pessoas pretas, as comunidades tradicionais e as mulheres.

No início de 2023 os brasileiros acompanharam a tragédia de São Sebastião, litoral de São Paulo, que vitimou 65 pessoas e deixou milhares desabrigados e desalojados. Pouco tempo depois, com o impacto das fortes chuvas na região Norte do Brasil. Em Rio Branco - Acre, 32 mil famílias foram afetadas pela cheia do rio Acre, que subiu 16 metros e atingiu 48 bairros. Chuvas intensas também se repetiram em Manaus e em cidades do Pará, Rondônia, Tocantins e Maranhão. Nessas localidades as enchentes não causaram óbitos, mas vitimaram a população colocando em risco sua saúde, segurança e liberdade, com ruas e estradas bloqueadas e trazendo prejuízos materiais.

O Observatório de Clima e Saúde da FIOCRUZ³⁸ aponta que existem impactos diretos na saúde da população originados pelos eventos climáticos extremos pois, sempre que acontecem, causam uma interrupção no funcionamento normal de uma comunidade ou sociedade, afetando o seu cotidiano. Além das perdas materiais e econômicas, sobrevêm danos ao ambiente e à saúde das populações por meio de agravos e doenças que podem causar mortes imediatas e posteriores.

A falta de estrutura e de serviços urbanos também é um fator a ser considerado quando as cidades são atingidas. Precariedade que certamente acrescenta mais um desafio no processo de adaptação climática já que no Brasil, quase 85% da população vive em áreas urbanas e muitas das cidades não possuem planejamento urbano ou plano de adaptação.³⁹

Nesse sentido é o que recomenda a primeira meta do 13º Objetivo de Desenvolvimento Sustentável da Agenda 2030 da Organização das Nações Unidas: “Reforçar a resiliência e a capacidade de adaptação a riscos relacionados ao clima e às catástrofes naturais em todos os países”.⁴⁰

38 OBSERVATÓRIO DE CLIMA E SAÚDE, FIOCRUZ. Temas e Indicadores de Eventos extremos (desastres). 2023. Disponível em: <https://climaesaude.iciet.fiocruz.br/eventos-extremos-0> Acesso em: 21 de julho de 2023.

39 LONGUINI, Mayara; REI, Fernando. A ação contra a mudança global do clima: abordagem sobre a atuação brasileira. Anais de Constitucionalismo, Transnacionalidade e Sustentabilidade do 17º Seminário Internacional de Governança e Sustentabilidade. Universidad de Alicante – Espanha e Universidade do Vale do Itajaí – Brasil, 2022.

40 ONU. Organização das Nações Unidas. Transformando Nosso Mundo: A Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável. 2015. Disponível em: <https://brasil.un.org/sites/default/files/2020-09/agenda2030-pt-br.pdf>. Acesso em: 21 de jul. de 2023.

Se antes eventos e desastres climáticos eram atribuídos ao acaso, hoje, com o aumento da sua frequência e intensidade, as evidências científicas⁴¹ relacionam estes perigos às ações antrópicas que dão causa às alterações no sistema climático. O modo de vida e as atividades econômicas desenvolvidas pelos seres humanos consolidaram a sociedade industrial de risco, desencadeando o aumento das temperaturas do ar e da água, que por sua vez, leva ao aumento do nível do mar; tempestades sobrecarregadas e velocidades de vento mais altas; secas e temporadas de incêndios florestais mais intensas e prolongadas; precipitação mais forte e inundações.

Logo, eventos climáticos se tornaram mais frequentes e severos, ampliando o risco de desastres climáticos extremos. Os resultados são devastadores:

O número de desastres relacionados ao clima triplicou nos últimos 30 anos.

Entre 2006 e 2016, a taxa de aumento global do nível do mar foi 2,5 vezes mais rápida do que durante quase todo o século XX.

Mais de 20 milhões de pessoas por ano são forçadas a deixar suas casas por causa das mudanças climáticas.

O Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente estima que a adaptação às mudanças climáticas e o enfrentamento dos danos custará aos países em desenvolvimento US\$ 140 a US\$ 300 bilhões por ano até 2030.⁴²

Diante desses números, é forçoso reconhecer que a modernidade tardia já alterou a maneira de ser e estar na Terra, obrigando o ser humano a pensar e agir sobre os impactos das suas ações sociais e políticas⁴³.

41 IPCC. Intergovernmental Panel on Climate Change. Sexto Relatório (AR6) do Painel Intergovernamental de Mudanças Climáticas da ONU. 2023. Disponível em: <https://www.ipcc.ch/report/sixth-assessment-report-cycle> Acesso em 19 de julho de 2023.

42 OXFAM INTERNATIONAL. Five Natural Disasters that Beg for Climate Action. 2023 Disponível em: <https://www.oxfam.org/en/5-natural-disasters-beg-climate-action> Acesso em: 21 de jul. de 2023.

43 BECK, Ulrich. A metamorfose do mundo. Lisboa: Edições 70, 2016. p.16

CONCLUSÕES

A assunção dos problemas advindos da revolução industrial, da sociedade de risco implica num aumento exponencial dos impactos ambientais negativos, nomeadamente na agenda climática global. Porém, para enfrentar essa sociedade de risco, que acumula problemas, ainda não há uma resposta institucional.

As mudanças climáticas conduzem ao aumento do nível dos oceanos, à acidificação dos mares, à elevação do nível do mar e decorrentes problemas para as cidades costeiras, ao aumento e à intensificação de chuvas torrenciais, à concentração de secas, bem como à aniquilação de espécies e ao extermínio das condições para a própria reprodução e existência da vida. Em outras palavras, o planeta está desconjuntado.

Toda essa sorte de implicações da forma como a sociedade de risco se projeta tem provocado e acentuado a vulnerabilidade a que está sujeita, reclamando o direito a se reposicionar, precisando se reinventar para não padecer dos próprios males, criando quiçá um novo modelo jurídico-político para solução das indesejáveis demandas geradas.

REFERÊNCIAS

- BECK, Ulrich. *Sociedade de Risco: rumo a uma outra modernidade*. São Paulo: Editora 34, 2010.
- _____. *A metamorfose do mundo*. Lisboa: Edições 70, 2016.
- BECK, Ulrich; GIDDENS, Anthony; LASH, Scott. *Modernização Reflexiva: política, tradição e estética na ordem social moderna*. São Paulo: Unesp, 1997.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 101*. 2009. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=629955> Acesso em: 10 jul. 2023.
- CLIMATE REANALYZER. Climate Change Institute. *Climate Data Time Series*. 2023. Disponível em: https://climatereanalyzer.org/clim/t2_daily/ Acesso em: 10 de julho de 2023.
- GUIVANT, Júlia Silvia. *O legado de Ulrich Beck*. In: *Ambiente & Sociedade*, v. XIX, n.1, p. 229-240, jan.-mar. São Paulo, 2016.
- HOBBS, J.E. (1987). *Climatic hazards*. In: *Climatology. Encyclopedia of Earth Science*. Springer, Boston, MA. https://doi.org/10.1007/0-387-30749-4_42
- IPCC. Intergovernmental Panel on Climate Change. *Sexto Relatório (AR6) do Painel Intergovernamental de Mudanças Climáticas da ONU*. 2023. Disponível em: <https://www.ipcc.ch/report/sixth-assessment-report-cycle> Acesso em 19 de julho de 2023.
- LONGUINI, Mayara Ferrari. *Governança Climática no Estado de São Paulo*. Belo Horizonte: Editora Dialética, 2020.
- LONGUINI, Mayara; REI, Fernando. *A ação contra a mudança global do clima: abordagem sobre a atuação brasileira*. Anais de Constitucionalismo, Transnacionalidade e Sustentabilidade do 17º Seminário Internacional de Governança e Sustentabilidade. Universidad de Alicante – Espanha e Universidade do Vale do Itajaí – Brasil, 2022.
- MENDES, José Manuel. *Sociologia do Risco: uma breve introdução e algumas lições*. Imprensa da Universidade de Coimbra, 2015.
- OBSERVATÓRIO DE CLIMA E SAÚDE, FIOCRUZ. *Temas e Indicadores de Eventos extremos (desastres)*. 2023. Disponível em: <https://climaesaude.icict.fiocruz.br/eventos-extremos-0> Acesso em: 21 de julho de 2023.
- ONU. *China e Estados Unidos lideram lista de países que mais geram lixo eletrônico*. 2020. Disponível em: <https://news.un.org/pt/story/2020/07/1719142> Acesso em: 19 jul. 2023.
- ONU. *ONU faz alerta para 19 países em grave risco de fome*. 2022. Disponível em:

-
- <https://news.un.org/pt/story/2022/09/1801811> Acesso em: 19 jul. 2023.
- ONU. Organização das Nações Unidas. *Transformando Nosso Mundo: A Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável*. 2015. Disponível em: <https://brasil.un.org/sites/default/files/2020-09/agenda2030-pt-br.pdf>. Acesso em: 21 de jul. de 2023.
- OXFAM INTERNATIONAL. *Five Natural Disasters that Beg for Climate Action*. 2023 Disponível em: <https://www.oxfam.org/en/5-natural-disasters-beg-climate-action> Acesso em: 21 de jul. de 2023.
- PAIXÃO, Mayara. *Blecautes diários e cólera expõem crise e 'lobby do carvão' na África do Sul*. 2023. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/mundo/2023/06/blecautes-diaros-e-colera-expoem-crise-e-lobby-do-carvao-na-africa-do-sul.shtml> Acesso em: 19 jul. 2023.
- PARLAMENTO EUROPEU. *Redução das emissões de carbono: objetivos e políticas da União Europeia*. 2023. Disponível em: <https://www.europarl.europa.eu/news/pt/headlines/society/20180305STO99003/reducao-das-emissoes-de-carbono-metas-e-politicas-da-ue> Acesso em 19 jul. 2023.
- ROBINSON, Mary. *Justiça Climática - Esperança, resiliência e a luta por um futuro sustentável*. São Paulo: Civilização Brasileira, 2021

O Teixeira de Freitas ocultado e esquecido: “Código Civil, e Criminal”

BERNARDO B. Q. MORAES

Doutor e Livre-Docente pela FDUSP
Especialista pela *Università di Roma – La Sapienza*
Professor de Direito Civil e Direito Romano da FDUSP e da FAAP
Procurador Federal de categoria especial (AGU)
www.bernardomoraes.com | bbqm@usp.br

Palavras-chave: Código Civil – Teixeira de Freitas – produção tardia – Código Geral – Código Civil e Criminal

Sumário: *Introdução* – 1. A década de ouro (1855-1865): da Consolidação ao Esboço – 2. Revisão e abandono da empreitada (1865-1872): da “Tábua Sistemática” ao “Pedro quer ser Augusto” – 3. A década final (1873-1883): produção tardia e retomada da ideia do “Código Geral” – 4. O “Código Geral” no contexto do “Vocabulário” e do “Código Civil e Criminal” – 5. Sistematização e conteúdo do “Código Civil e Criminal” – 6. Doença e colaboração em suas últimas obras – *Conclusão*.

INTRODUÇÃO

Epítetos identificam figuras históricas, qualificando-as elogiosamente. “O codificador brasileiro” ou, simplesmente, “o codificador” é o exemplo de um, que alguns juristas contemporâneos atribuem a si próprios, mas que, em verdade, poucos merecerem. Com efeito, falar em “codificador brasileiro” remete invariavelmente o leitor a poucas figuras do direito, em especial, a Augusto Teixeira de Freitas.

Por mais de duas décadas e meia, a vida do “jurisconsulto do Império” (outro de seus epítetos famosos¹) foi marcada pela ideia de sistematizar o direito brasileiro (positivado e projetado) a partir da formação de uma identidade nacional (um lento processo iniciado nos anos de 1850²). A primeira década dessa sua empreitada, da *Consolidação das Leis*

1 Também é chamado de “jurista do mundo” e “o Cujácio brasileiro” – B. B. Q. Moraes, A Parte Geral no Esboço de Teixeira de Freitas, J. Martins-Costa et alii (orgs.), Augusto Teixeira de Freitas – Humanismo, dogmática e sistema, Rio de Janeiro, Processo, 2024, p. 76.

2 Para suas linhas gerais, sob a ótica do direito civil, cf. B. B. Q. Moraes, Coordenação das fontes do direito na Lei da Boa Razão e o direito romano: perspectiva brasileira, in C. Lima Marques – G. Cerqueira (orgs.), A função modernizadora do direito comparado – 250 anos da Lei da Boa Razão, São Paulo, YK, 2020, p. 433 e ss.; B. B. Q. Moraes, A sistematização do direito civil brasileiro no período pré-codificação e o direito romano, in Roma e America – Diritto Romano Comune online 2 (2024). Em geral, acerca desses temas, cf. B. B. Q. Moraes, A formação do direito civil brasileiro: estudos, São Paulo, YK, 2024, passim.

Civis (1857) até o último volume publicado do seu *Esboço de Código Civil* (1865), é a mais lembrada por todos os civilistas que o sucederam (até o presente), porém essa sua preocupação o acompanhou, perpassando momentos difíceis de sua vida, até o seu leito de morte (1883). E, nessa linha, uma de suas construções finais é desconhecida da maioria dos civilistas atuais. Desconhecida porque, por justas razões, foi ocultada pelos seus contemporâneos: o “Código Civil, e Criminal” do Império (publicado em 1882)³.

Contextualizar adequadamente referido texto e buscar nele alguns momentos de lucidez é útil para trazer alguma luz acerca da configuração final do pensamento jurídico de um dos mais brilhantes juristas do século XIX (em nível mundial).

1_A DÉCADA DE OURO (1855-1865): DA CONSOLIDAÇÃO AO ESBOÇO

Teixeira de Freitas, já advogado de fama na Corte do Rio de Janeiro e com apenas 38 anos, foi contratado, em 15/02/1855, pelo Governo Imperial (representado pelo Conselheiro Nabuco de Araújo) para “fazer a classificação e consolidação de toda a Legislação Pátria”⁴ no prazo de cinco anos (contados retroativamente desde 01 de janeiro de 1855). Em menos da metade desse prazo, cumpriu ele o seu dever e publicou a primeira versão da *Consolidação das Leis Civis* (1857)⁵ – o que, conforme a cláusula 6ª do citado contrato, não prejudicava a percepção da gratificação acordada até o fim do prazo de cinco anos.

Ato contínuo, para analisar o resultado publicado, o Imperador, por meio do Aviso de 09 de fevereiro de 1858, nomeou Comissão, cujos trabalhos foram encerrados em 04 de dezembro do mesmo ano, com a apresentação de relatório altamente elogioso a Teixeira de Freitas. Reconheceu-se expressamente a grande originalidade e criatividade de um trabalho que ia muito além de uma “mera” compilação. Em particular de sua extensa “Introdução”: “A Introdução, que precede a *Consolidação*, é um bello epilogo do Direito Civil; histórica e profunda quanto ao pretérito, rica de idéas e de elementos quanto ao futuro ou *de constituendo*, brilha e domina nella um pensamento capital, e vem á ser a diferença dos *direitos reaes e pessoas*; diferença que, na phrase bem cabida de que o autor se serve, é a chave de todas as relações civis”⁶.

3 A. Teixeira de Freitas, *Código civil, e criminal*, Rio de Janeiro, Perseverança, 1882.

4 S. Meira, Teixeira de Freitas – O jurista do Império, 3ª ed., Belo Horizonte, 2019, p. 94.

5 A. Teixeira de Freitas, *Consolidação das leis civis*, Rio de Janeiro, Laemmert, 1857.

6 A. Teixeira de Freitas, *Consolidação das Leis Civis*, 3ª ed., Rio de Janeiro, Garnier, 1876, p. xx.

Em seus 1.333 artigos, foi empreendida uma síntese da legislação luso-brasileira (com destaque para as Ordenações Filipinas, de 1603) e do direito romano (importante fonte subsidiária, no que diz respeito ao direito civil, do lacunoso Livro 4º das Ordenações); síntese crítica no texto dos artigos e propositiva nas centenas de notas de rodapé, nas quais demonstrava absoluto conhecimento da realidade nacional (fruto de sua brilhante, embora curta, trajetória como advogado) e apresentava fundamentos para soluções inéditas (conjugando habilmente a melhor doutrina estrangeira da época, principalmente a portuguesa e a em língua francesa⁷, com o espírito do jurista brasileiro⁸).

Reconhecido pelo Imperador o “zelo, inteligência, e actividade, com que Vm. [Teixeira de Freitas] se dedicou ao importante trabalho” (em Aviso de 24 de Dezembro de 1858)⁹ era natural que os esforços de preparação do primeiro Código Civil brasileiro continuassem, pois a *Consolidação* nada mais era do que o “ponto de partida na confecção do Código Civil”¹⁰: “A presente publicação é a última parte dos trabalhos preparatórios, que para a reforma da Legislação Civil emprehendêra o Governo Imperial... É um trabalho de simplificação, que, destinado á grande obra do Codigo Civil Brasileiro, mal aspira o merecimento de uma codificação provisória”¹¹. E que continuassem nas mãos de Teixeira de Freitas. Dois dias antes do Aviso elogioso do Imperador, foi promulgado o Decreto 2.318, de 22 de dezembro de 1858, que determinava a contratação de um juriconsulto para a confecção de um Projeto de Código Civil. Natural que a escolha recaísse sobre aquele que, **rápida e habilmente**, havia elaborado a *Consolidação*: em 10 de janeiro de 1859 foi assinado um novo contrato (aprovado pelo Decreto 2.337, de 11 de janeiro de 1859), no qual se previa um prazo de três anos para a conclusão dos trabalhos (até 01 de janeiro de 1962).

Os resultados desse novo projeto **não tardaram a serem divulgados, mas, ao contrário do que aconteceu com a *Consolidação***, não foram apresentados em conjunto (em um único momento). Sete fascículos foram publicados em um intervalo de cinco anos: um primeiro volume em 1860 (até o art. 316), um segundo ainda em

7 A. Teixeira de Freitas era um leitor constante da melhor doutrina francesa e alemã (traduzida para o francês). Algumas das obras mais consultadas por ele (para a construção de seu sistema) estão indicadas em conjunto em A. Teixeira de Freitas, *Consolidação* (1876) cit., p. clii, nt. 254. Evidentemente, há algumas omissões por parte dele: cf. P. Villard, *La tradition juridique française dans l’œuvre de Teixeira de Freitas*, in S. Schipani (org.), *Augusto Teixeira de Freitas e il diritto latinoamericano*, Padova, CEDAM, 1988, pp. 283 e 284.

8 Esse seu espírito original fazia da *Consolidação* um texto único no ambiente latino-americano, como reconhecido inclusive por europeus; um verdadeiro Código brasileiro, ainda que incompleto – cf. e.g. R. Grasserie, *Résumés analytiques des principaux Codes Civils de l’Europe et de l’Amérique IV e V – Code Civil du Vénézuéla – Lois Civiles du Brésil*, Paris, Giard e Brière, 1897, pp. 49, 81 e 227.

9 A. Teixeira de Freitas, *Consolidação* (1876) cit., p. xxvii.

10 A. Teixeira de Freitas, *Consolidação* (1876) cit., p. xxix, nt. 1.

11 A. Teixeira de Freitas, *Consolidação* (1876) cit., p. xxix.

1860 (até o art. 866, concluindo a Parte Geral), um terceiro em 1861 (até o art. 1.236), um quarto em 1861 (até o art. 1.829), um quinto em 1865 (até o art. 3.042), um sexto em 1865 (até o art. 3.702) e um sétimo ainda em 1865 (até o art. 4.908)¹².

O próprio autor já previa a dificuldade de cumprir o prazo inicial acordado no momento da entrega do primeiro fascículo, que ele expressamente afirmava ser a primeira parte de um *Esboço* e não do Projeto de Código Civil propriamente dito: “Antes de apresentar ao Governo Imperial o Projecto do Codigo Civil, cuja redacção me foi encarregada por Decreto de 11 de Janeiro de 1859, entendi que o deveria depurar com a estampa das diversas partes deste longo trabalho, que por hora tem o título de *Esboço*.... o tempo é veloz, e eu receio de sua escassez para o pontual desempenho de uma tarefa que deve estar terminada em Dezembro do anno proximo futuro”¹³. A intenção principal dele, com um *Esboço*, era equivalente à preocupação de outro importante compilador latino-americano de sua época: Andrés Bello, que fez publicar partes de um “esboço” de projeto de Código Civil (principalmente no periódico “*El Araucano*”, na década de 1840), antes de começar a apresentar um texto definitivo, que culminou no famoso projeto de 1855 (que resultou no Código Civil do Chile).

Houve, portanto, um claro atraso, que, num primeiro momento, foi tolerado pelo Governo Imperial: a Lei 1.177, de 09 de setembro de 1862 (ou seja, promulgada quando já expirado o prazo inicial), permitia ao Imperador pagar ao jurista “o premio que julgar razoavel, logo que o dito projecto se ache concluido” (art. 24) e o Decreto 3.188, de 18 de novembro de 1863, fixou esse prêmio em valores bastante elevados e sem mencionar novo prazo.

Não obstante incompleto o trabalho (estima-se comumente que o texto completo teria por volta de 7.000 artigos) e não compreendendo o Governo que ainda não se tratava do projeto definitivo, foi determinada, em dezembro de 1863, a constituição de Comissão para análise do material publicado, tendo os trabalhos sido organizados pelo Decreto 3.292, de 23 de julho de 1864. A partir desse momento começa a ficar claro o descontentamento do Governo com o atraso e incompletude dos trabalhos e, paralelamente, do próprio Teixeira de Freitas, que não compreendia as razões para a não extensão dos prazos e da não valorização adequada pelos seus conterrâneos do seu hercúleo esforço intelectual (o que levou a afetar inclusive a sua saúde mental).

12 A. Teixeira de Freitas, Código Civil – Esboço, 7 volumes (com paginação sequencial), Rio de Janeiro, Laemmert, 1860-1865.

13 A. Teixeira de Freitas, Código Civil – Esboço I, Rio de Janeiro, Laemmert, 1860, sem p. (mas na apresentação inicial “ao público”, datada de 25 de agosto de 1860).

2_REVISÃO E ABANDONO DA EMPREITADA (1865 1872): DA “TÁBUA SISTEMÁTICA” AO “PEDRO QUER SER AUGUSTO”

Em 1865 são publicados os relatórios e pareceres daquela Comissão¹⁴ (cujos trabalhos foram suspensos pelo Imperador em 31 de agosto de 1865 diante da não conclusão do projeto¹⁵), não tendo as discussões avançado além do “Título Preliminar”¹⁶. E a cada crítica feita pela Comissão foi dada uma resposta por Teixeira de Freitas, que começou a rever todo sistema do *Esboço*. De fato, assim como Bello, provavelmente ele próprio começou a reconsiderar algumas questões, o que se pode perceber na segunda edição da *Consolidação* (de 1865)¹⁷.

Exemplo provável de mudança de opinião (ou correção de omissão) está no tratamento da prodigalidade. No *Esboço* ela não recebe um tratamento sistemático, embora tenha sido inserida na *Consolidação* (artigos 324 a 328). Há, contudo, um aumento de interesse acerca do tema entre a primeira (1857) e a segunda edição (1865) desta última. Na primeira, as notas de rodapé apenas indicam o suporte nas Ordenações para o texto da *Consolidação*¹⁸; já na segunda, ele amplia significativamente essas notas, com comentários acerca do tema¹⁹. É muito provável que, nessa época, ele tenha pensado em corrigir o sistema desse ponto da Parte Geral, algo que foi publicado somente em 1883, com o seu *Vocabulário* (especificamente os artigos 82 a 86 do “Apêndice II”²⁰ tratam dos pródigos, reproduzindo quase literalmente o texto dos artigos 324 a 328 da *Consolidação*).

Outro claro indício de que a revisão do *Esboço* era constante está em uma “taboa systematica”²¹, provavelmente composta nessa mesma época (por volta de 1865): nela é alterado significativamente o sistema dos artigos já publicados²². Uma das diferenças mais importantes foi a inserção de um livro inicial na Parte Especial, que tratava “dos direitos em geral” (dividido em “da aquisição dos direitos”, “do

14 Relatórios e pareceres dos membros da comissão encarregada de examinar o Projecto do Código Civil do Império redigido pelo Bacharel Augusto Teixeira de Freitas, Rio de Janeiro, Typographia Nacional, 1865.

15 J. M. de Alencar, Relatório do Ministro da Justiça apresentado á Assembléa Geral Legislativa na Primeira Sessão da Decima Quarta Legislatura, Rio de Janeiro, Typographia Progresso, 1869, p. 114.

16 Algo que também deve ter lhe perturbado o espírito – J. C. Matos Peixoto, A codificação de Teixeira de Freitas, in Revista Forense 77 (1939), p. 13.

17 A. Teixeira de Freitas, Consolidação das leis civis, 2ª ed., Rio de Janeiro, Laemmert, 1865.

18 A. Teixeira de Freitas, Consolidação (1857) cit., pp. 120 e 121.

19 A. Teixeira de Freitas, Consolidação (1865) cit., p. 169 e ss.

20 A. Teixeira de Freitas, Vocabulário jurídico com Apêndices II, São Paulo, Saraiva, 1983, pp. 378 e 379.

21 A. Coelho Rodrigues, Projecto do Código Civil precedido da historia documentada do mesmo e dos anteriores, Rio de Janeiro, Jornal do Commercio, 1897, p. 281.

22 Cf. J. C. Matos Peixoto, A codificação de Teixeira de Freitas (continuação), in Revista Forense 77 (1939), p. 225 e ss.

exercício e da conservação dos direitos” e “da extinção dos direitos”).

O provável desgaste de todas essas discussões e a complexidade dos temas envolvidos (algo natural em uma codificação desse porte) levou o “codificador” a não conseguir adequadamente prosseguir com o seu trabalho, o que resultou em um pedido de “renúncia” dele (em 20 de novembro de 1866 – “Em um paiz onde almas nobres não acham estímulos para abnegações, não posso por mais tempo resistir ao meu desalento”²³), que não foi aceito pelo Governo Imperial (em comunicação de 13 de dezembro do mesmo ano). Desse fato, fica claro que “está satisfeito o Governo com os trabalhos, de que já tem conhecimento, e o autor mal contente. Deseja o Governo a terminação do trabalho impresso, como se fôra o contratado Projecto do Codigo Civil; e jamais passou pela intenção do autor, nem é de seu character, dar por Projecto de Codigo Civil o que ele só computara como ensaio, e lealmente publicara sob o titulo de Esboço”²⁴.

Exatamente nessa mesma época (final de 1866), TEIXEIRA DE FREITAS foi a Buenos Aires²⁵, a convite de Vélez SANSFIELD, tendo tido lá melhor acolhida do que em seu próprio país²⁶. O grande codificador argentino expressamente empregou o *Esboço* do brasileiro ao elaborar seu Projeto de Código Civil²⁷ (publicado entre 1865 e 1869), que teve pronta acolhida e aprovação pelos argentinos.

Todo esse contexto levou o “nosso codificador” a radicalizar seus planos em famosa *Carta* (de 20 de setembro de 1867) dirigida ao Governo Imperial. Nela, o ressentido estudioso, pautado pelo “ardente amor pela conquista da verdade jurídica”, reafirma que tudo o que apresentara até então consistia apenas em um “esboço” e assevera que, agora, “a empresa quer diverso modo de execução”²⁸: sugere uma mudança radical do sistema proposto, que passaria a ser dividido em dois Códigos, um Código Geral e um Código Civil. “O projectado Codigo Geral conterà todas as definições necessarias, assim as das materias superiores como as das disposições de cada um dos codigos particulares de modo que nestes ultimos nada se defina. No Codigo Geral as leis que ensinam, nos outros codigos as leis que mandam. O Codigo Geral para os

23 Carta reproduzida em A. Coelho Rodrigues, *Projecto do Codigo Civil cit.*, pp. 267 e 268.

24 A. Teixeira de Freitas, *Codigo Civil; Proposta do Dr. Teixeira de Freitas, sobre um novo plano para o mesmo Codigo*, in M. F. Ribeiro de Andrada, *Relatório do Ministerio da Justiça apresentado á Assembléa Geral Legislativa na Segunda Sessão da Décima-Terceira Legislatura*, Rio de Janeiro, Perseverança, 1868, p. 354.

25 J. Nabuco, *Um estadista do Império – Nabuco de Araújo – sua vida, suas opiniões, sua época – 3 – 1866-1878*, Rio de Janeiro, Garnier, 1899, p. 513, nt. 2.

26 No Brasil, “o Esboço foi acolhido ainda com maior frieza e descaso que a Consolidação, talvez porque, ao inverso desta, não se destinava á applicação imedita. Isso devia magoar profundamente o autor, que queria o interesse, a crítica, a discussão em torno do projeto” – J. C. Matos Peixoto, *A codificação de Teixeira de Freitas cit.*, pp. 12 e 13.

27 D. V. Sarsfield, *Proyecto de Código Civil para la República Argentina – Libro Primero*, Buenos Aires, Nación Argentina, 1865, p. v.

28 A. Teixeira de Freitas, *Codigo Civil; Proposta do Dr. Teixeira de Freitas cit.*, p. 354.

homens da sciencia, os outros codigos para o povo”²⁹. E esse Código Geral abrangeria, em síntese, toda matéria antes posta na Parte Geral do Esboço, acrescida de um novo livro acerca dos “efeitos jurídicos” (que provavelmente abrangeria a maioria dos temas indicados no livro “dos direitos em geral” da *Tábua* de 1865).

Apesar de a mudança ser radical e começarem a ganhar vulto vozes no Governo Imperial contra TEIXEIRA DE FREITAS, houve um momento inicial de aceitação da mudança. Em reunião do Conselho de Estado de 01 de julho de 1868, foi emitido parecer favorável à proposta, afirmando-se que: “A Secção reconhece que a codificação proposta é uma cousa nova. Mas na Legislação como na sciencia, as idéas por novas não devem ser repellidas in limine, mas pensadas e estudadas. A nova idéa é de difficil execução, mas não deve ser por isso repellida in limine, quando quem se propõe a executal-a é o Bacharel Augusto Teixeira de Freitas, que tantos abonos têm dado de sua alta capacidade”³⁰.

Contudo, o recém empossado Ministro da Justiça, José de ALENCAR, foi de opinião diversa: “... o plano de uma reforma geral não só na legislação do paiz, como no systema adoptado pelas nações mais cultas, era objecto de muita gravidade e transcendencia, para que tomasse o governo a iniciativa dessa mudança radical... Em minha humilde opinião, não so o engenhoso e vasto plano ultimamente delineado pelo bacharel Augusto Teixeira de Freitas, mas também o esboço anterior, são, como elementos legislativos, fructos muito prematuros, embora como trabalhos scientificos revelem as altas faculdades do author, e sua opulenta litteratura juridica. Um codigo civil não é obra da sciencia e do talento unicamente; é sobretudo a obra dos costumes, das tradicções, em uma palavra da civilisação brilhante ou modesta de um povo. Mudão-se de repente as instituições politicas de um paiz. Mas a sociedade civil, não há revolução que a altere de um jacto. Modifica-se lentamente por uma transformação secular”³¹.

Na prática, com esse ato enterrou-se a possibilidade de prosseguimento do *Esboço* e da elaboração de um verdadeiro “Projeto de Código Civil” por TEIXEIRA DE FREITAS. Formalmente, segundo ele próprio, a exoneração de seus deveres acerca do Projeto veio somente em 18 de novembro de 1872 (diante da “desharmonia profunda entre meu pensamento e as vistas do Governo Imperial”³²), pouco dias antes de ser assinado contrato entre o Governo Imperial e José Thomaz NABUCO DE ARAÚJO (em 03 de dezembro) com o mesmo objeto (aprovado pelo Decreto 5.164, de 11 de dezembro de 1872).

29 A. Teixeira de Freitas, *Codigo Civil; Proposta do Dr. Teixeira de Freitas cit.*, p. 355.

30 A. Coelho Rodrigues, *Projecto do Codigo Civil cit.*, p. 282.

31 J. M. de Alencar, *Relatorio do Ministro da Justiça apresentado á Assembléa Geral Legislativa na Primeira Sessão da Decima Quarta Legislatura, Rio de Janeiro, Typographia Progresso, 1869, p. 117.*

32 A. Teixeira de Freitas, *Consolidação (1876) cit.*, p. xxx (em nt.). Cf. também A. Coelho Rodrigues, *Projecto do Codigo Civil cit.*, p. 283.

É desse intervalo entre 1868 e 1872 a publicação de dois textos que já claramente expõem a fragilidade da saúde mental do “jurisconsulto do império”: o *Cortice Eucharistico* (1871) e *Pedro quer ser Augusto* (1872)³³. Desses textos, sem conteúdo jurídico propriamente dito, pode-se extrair que ele se sentia predestinado ao papel de “codificador”, mas subestimado pelos seus pares e traído pelo Imperador. Trata-se do desabafo de uma mente brilhante, mas perturbada (e que demonstrava certo fanatismo religioso). Era necessário o afastamento da vida pública da Corte: logo após esses fatos, mudou-se, com toda família, para a cidade de Curitiba³⁴.

3_A DÉCADA FINAL (1873-1883): PRODUÇÃO TARDIA E RETOMADA DA IDEIA DO “CÓDIGO GERAL”

No Sul, recuperou aparentemente o necessário equilíbrio e, anos depois, retomou sua produção intelectual e retornou ao Rio de Janeiro.

Em 1876 publicou uma nova edição de sua *Consolidação* (mas a “advertencia” inicial da obra, assinada pelo autor, indica 24 de setembro de 1875, quando já havia sido dada a autorização do Imperador), significativamente aumentada por riquíssimas notas, que demonstram a retorno firme da atividade intelectual. Afirma ele: “Mui adiantados estão meus trabalhos sobre a CLASSIFICAÇÃO DAS LEIS, trabalhos indispensáveis, que não entreguei ao Governo por temor de extravios; e mesmo porque o Aviso de 18 de novembro de 1872... só exigiu a entrega dos manuscritos do *Esboço do Código Civil*”³⁵. Voltou, portanto, a trabalhar em um Projeto de Código Civil, sem abandonar a ideia de um “Código Geral”³⁶.

Os anos foram passando rapidamente (com muitas obras publicadas) e o peso de uma saúde cada vez mais frágil fez com que ele preparasse um último livro ainda com sua sanidade mental minimamente preservada: o *Vocabulário Jurídico*, de 1883 (ano de sua morte), mas cujo prefácio (intitulado “ultima razão”) data de 11 de setembro de 1882.

Metade dessa obra é composta por quatro “Apêndices” que contêm uma versão revista da Parte Geral de seu *Esboço*, publicado mais de vinte anos antes. É uma versão

33 A. Teixeira de Freitas, *Cortice Eucharistico*, Rio de Janeiro, Perseverança, 1871; A. Teixeira de Freitas, *Pedro quer ser Augusto*, in *A Reforma* IV-83 (1872), pp. 2 e 3.

34 O Jornal curitibano “Dezenove de Dezembro” (XX-1369, p. 2) noticia o estabelecimento de Teixeira de Freitas e sua família na cidade em 15 de janeiro de 1873. No ano anterior, o seu filho (Augusto Teixeira de Freitas Junior), também advogado, estabeleceu escritório na cidade.

35 A. Teixeira de Freitas, *Consolidação* (1876) cit., p. xxxi, nt. 2.

36 Veja-se, por exemplo, A. Teixeira de Freitas, *Consolidação* (1876) cit., p. xxxix, nt. 12, e p. lxxviii, nt. 70.

no geral sóbria e confiável. Há, porém, trechos que deixam transparecer uma ausência de plena sanidade. No *Vocabulário* propriamente dito, é famosa a definição do autor para “ano”: “é o lugar cronológico do escoamento do tempo, como *ânus* é o da repetida passagem dos nossos escoamentos grossos”. Há os que buscam elegantemente justificar tal definição³⁷, contudo, em outros verbetes, há desnecessárias referências religiosas (por exemplo, nos verbetes “dinheiro”, “direito”, “equidade”, “Kyrie eleison”, “lei” e “língua”).

Para entender o espírito do autor nessa época, é fundamental a leitura de sua “ultima razão” (prefácio do *Vocabulário*), na qual parece justificar o não atingimento de seu principal objetivo intelectual da vida (a codificação definitiva do direito privado brasileiro) com uma impossibilidade derivada da conduta do restante da sociedade: “Já se vê que temos somente um vasto *hospital de enfermos* a medicar-se inutilmente na familiaridade do *mal*, sem mais lembrarem-se do seu *mundo em pecado original*! Pretender em tal desprezo um *Código Civil*, persistir afincadamente neste louco desejo, é querer obrigar DEUS ao impossível, é viver de ilusões, é professar o mais estúpido materialismo. E qual o remédio para sairmos de tão inexplicável e criminoso estado? Em um *mundo de bem e mal* concebe-se um *médio sistema*, qual o de separar o *bem* só em microcosmo preparado pela *religião de Cristo para vitória da redenção*”³⁸.

E ele identifica a solução dessa sua principal agonia (“ciência média” que seria o “remédio de salvação”) na publicação de sua última monografia: o “Codigo Civil, e Criminal”, uma obra praticamente desconhecida da maioria dos juristas e historiadores do direito.

4_O “CÓDIGO GERAL” NO CONTEXTO DO “VOCABULÁRIO” E DO “CÓDIGO CIVIL E CRIMINAL”

O *Vocabulário Jurídico* foi a última obra de Teixeira de Freitas cujo contrato de edição se tem notícia. Foi firmado em maio de 1882 e, poucos meses depois, parecia já concluído, pois seu prefácio, como já mencionado, data de 11 de setembro de 1882. Nesse momento, afirma ele, pouco mais de um ano antes de sua morte (em dezembro de 1883), que “o CÓDIGO CIVIL E CRIMINAL acha-se pronto, vai ser publicado”⁴⁰. Ademais, ao comentar o art. 258 do “Apêndice II”, diz: “a definição

37 A melhor justificativa é a de A. Tomasetti Junior, in A. Teixeira de Freitas, *Vocabulário jurídico com Apêndices I*, São Paulo, Saraiva, 1983, pp. 10 e 11, nt. *.

38 A. Teixeira de Freitas, *Vocabulário jurídico com Apêndices I*, São Paulo, Saraiva, 1983, sem p. (mas no prefácio intitulado “ultima razão”).

39 S. Meira, Teixeira de Freitas cit., p. 480.

40 A. Teixeira de Freitas, *Vocabulário jurídico I cit.*, sem p. (mas no prefácio intitulado “ultima razão”).

deste nosso art. 276 equivale à de PESSOAS COLETIVAS do CÓDIGO CIVIL, E CRIMINAL, por mim recentemente publicado em acordo com o art. 179, XVIII, de nossa Constituição Política⁴¹ (há frase equivalente no verbete “pessoas”⁴² e em nota ao art. 2º do “Apêndice III”⁴³). Disso se pode inferir com relativa segurança que tanto o Vocabulário Jurídico quanto o Código Civil e Criminal foram finalizados aproximadamente na mesma época (paralelamente), ao longo do ano de 1882 (embora a primeira tenha vindo à luz somente em 1883). E a última foi prefaciada apenas quatro dias depois do Vocabulário (em 15 de setembro de 1882).

Essa coincidência traz um problema importante ao se analisar o seu conteúdo, aparentemente coincidente em parte. De fato, tanto os “Apêndices” do *Vocabulário* quanto o *Código Civil e Criminal* aparentemente tratam dos mesmos tópicos gerais (pessoas – coisas – fatos/efeitos). Contudo, os “Apêndices” são uma clara retomada de parte do texto do *Esboço* (revisto) e se inserem no contexto de um “Código Civil” (dividido em uma Parte Geral e uma Parte Especial), enquanto o *Código Civil e Criminal* corresponde à sua visão “esboçada” do nunca concluído *Código Geral*.

A primeira afirmativa não é unanimemente aceita, pois alguns enxergam nos “Apêndices” do *Vocabulário* um “projeto preliminar de Código Geral”⁴⁴. Não parece ser o espírito da publicação que, não obstante não empregue a expressão “Código Civil”, (i) se autointitula “*Esboço*” em dezenas de seus artigos, desde o art. 1.º da Parte Preliminar (“Apêndice I”)⁴⁵, (ii) liga a ideia do *Esboço* a de um “Código Civil”⁴⁶, (iii) expressamente afirma que o *Esboço* tem uma Parte Especial⁴⁷, (iv) indica cada “Apêndice” como um bloco da “Parte Geral” (e não de “Código Geral”). E, nesse sentido, essa publicação seria um “abandono implícito” da ideia de um “Código

41 A. Teixeira de Freitas, *Vocabulário jurídico II cit.*, p. 455.

42 A. Teixeira de Freitas, *Vocabulário jurídico I cit.*, p. 262.

43 A. Teixeira de Freitas, *Vocabulário jurídico II cit.*, p. 473.

44 Neste sentido, cf. G. Haical – F. Medina, *Teoria dos fatos jurídicos no direito brasileiro – uma análise histórico-dogmática – da obra de Teixeira de Freitas ao Código Civil de 2002*, São Paulo, RT, 2023, p. 56 e ss.

45 A. Teixeira de Freitas, *Vocabulário jurídico II cit.*, p. 317: “As disposições deste *Esboço* não serão aplicadas fora de seus limites locais, nem com efeito retroativo”.

46 A. Teixeira de Freitas, *Vocabulário jurídico II cit.*, p. 330 (em nt. ao art. 2.º do “Apêndice II”): “Uma das imperfeições dos Códigos Cívicos é usarem vagamente da palavra lei, leis, sem que se saia se referem-se às leis do Código, ou a outras leis; e daí deriva uma funesta confusão de idéias, que impede o exato conhecimento de todas as noções secundárias. Neste *Esboço* emprega-se a palavra lei, leis, para designar não só as dele só, como as outras. Quando a matéria é só da órbita do Direito Civil, diz-se lei deste *Esboço*, leis do presente *Esboço*, direitos que este *Esboço* ou o presente *Esboço* regula”.

47 Por exemplo, nos artigos 246, 255 (do “Apêndice II”), 11, 17, 63, 64, 70 (do “Apêndice III”), 33, 119, 135, 172, 196, 230, 260, 368, 377, 378, 381, 412, 417, 373 (do “Apêndice IV”).

A. Teixeira de Freitas, *Vocabulário jurídico II cit.*, p. 330 (em nt. ao art. 2.º do “Apêndice II”): “Uma das imperfeições dos Códigos Cívicos é usarem vagamente da palavra lei, leis, sem que se saia se referem-se às leis do Código, ou a outras leis; e daí deriva uma funesta confusão de idéias, que impede o exato conhecimento de todas as noções secundárias. Neste *Esboço* emprega-se a palavra lei, leis, para designar não só as dele só, como as outras. Quando a matéria é só da órbita do Direito Civil, diz-se lei deste *Esboço*, leis do presente *Esboço*, direitos que este *Esboço* ou o presente *Esboço* regula”.

Geral”⁴⁸: “não insistiu no modelo de um Código Geral em paralelo a um Código Civil porque esse modelo estava apenas rascunhado e ele ainda ambicionava ver publicado a sua tão elogiada obra (*Esboço*)”⁴⁹.

Evidentemente, esse modelo de Parte Geral serviria como base para eventual composição do “Código Geral”. E foi. Seu rascunho se encontra no *Código Civil e Criminal*, publicado conjuntamente. A doutrina atual, salvo raras exceções, parece duvidar da existência de tal texto⁵⁰, que chegou a ser referido pelos contemporâneos de TEIXEIRA DE FREITAS como seu “Código Geral”⁵¹. Em verdade, deve ter sido ocultado, como fora antes o *Cortice Eucharistico*, para não se eclipsar a melhor produção do “jurisconsulto do Império” (em particular a *Consolidação das Leis Civis* e o *Esboço*), que morreu na miséria e sabidamente não pleno de suas faculdades mentais⁵².

5_ SISTEMATIZAÇÃO E CONTEÚDO DO “CÓDIGO CIVIL E CRIMINAL”

TEIXEIRA DE FREITAS estruturou o *Código Civil e Criminal* em três partes: pessoas, coisas e efeitos. A explicação de cada um desses conceitos é dada no *Vocabulário*, pois no *Código* há um raciocínio vazio: (i) art. I - “Pessôas são todas as representações de *Dirêito*, que não forem, nem de *Cousas*, nem de *Effêitos*”, (ii) art. XXII - “*Cousas* são todas as representações, que não forem de *Pessôas*, nem de *Effêitos*”, (iii) art. XLIII - “*Effêitos* são todas as representações, que não forem, nem de *Pessôas*, nem de *Cousas*”. Quanto aos “efeitos”, por exemplo, diz ele, em nota ao art. 1º do “Apêndice IV” do *Vocabulário*, que “tal definição é a mesma do nosso atual art., onde mudei a palavra *fatos*, servindo-me da palavra *efeitos*, como no meu recente *Código Civil e Criminal*, para defini-lo: *fatos* são *efeitos*, e estes são *fatos*” (e essa explicação deve ser conjugada com o verbete “fatos” do mesmo *Vocabulário*⁵³, assim como, para os

48 B. B. Q. Moraes, Parte Geral do Código Civil: gênese, difusão e conveniência de uma ideia, São Paulo, YK, 2018, p. 114.

49 B. B. Q. Moraes, A Parte Geral no Esboço cit., p. 114.

50 Nesse sentido, cf. G. Haical – F. Medina, Teoria dos fatos jurídicos cit., p. 56, nt. 191.

51 A. Coelho Rodrigues, Projecto do Codigo Civil cit., p. iii, nt. 3.

52 C. Perdigão, em artigo de jornal da época, evoca a memória do jurisconsulto para conseguir levantar fundos para a compra de uma casa e dar uma renda fixa à família dele: “Teixeira de Freitas nada deixou de bens temporaes! Depois de ter tido a primeira de todas as mentalidades, morreu louco!... É preciso comprar uma casa e dar a essa família insigne títulos de renda que lhe consintam viver a coberto da miséria” – Dezenove de Dezembro XXXII-10 (14 de janeiro de 1885), p. 2.

53 A. Teixeira de Freitas, Vocabulário jurídico I cit., p. 75 e ss.

dois outros institutos jurídicos, deve-se consultar os verbetes “bens”⁵⁴ e “pessoas”⁵⁵).

Essa linha básica do sistema já levaria à conclusão de que se tratava do “Código Geral”, mas o fato dele ter tratado esse texto como básico tanto do direito civil quanto do direito criminal, reforça essa conclusão. Desde a *Carta* de 1867, Teixeira de Freitas já havia assentado que o “Código Geral” deveria conter todas as disposições necessárias tanto do direito público, quanto do privado. Conveniente, então, aproveitar a disposição da Constituição do Império (1824) que deu origem ao processo de codificação do direito brasileiro: “Organizar-se-ha quanto antes um Codigo Civil, e Criminal, fundado nas solidas bases da Justiça, e Equidade” (art. 179, XVIII) – o juriconsulto reproduz até mesmo a vírgula no título de seu livro: “Codigo Civil, e Criminal”.

Essa ideia da junção desses dois ramos do direito aparece claramente em uma nota inédita da edição de 1876 da *Consolidação*, acerca de um tema tipicamente de direito civil (responsabilidade civil por danos) mas que era tratado no Código Criminal de 1830 (artigos 21 a 32): “As disposições aqui consolidadas sobre o *damno* provão, que não soubemos entendêr o §18 Art. 179 da Const. do Imperio, quando manda organizar quanto antes (note-se bem) *um Codigo Civil, e Criminal*. Organizar, como organisamos em 1830, um Codigo Criminal, sem termos ainda um Codigo Civil, foi um erro, foi uma transgressão do sábio pensamento da Legislação Fundamental; e continuamos á errar, pretendendo agora fazer um Codigo Civil separado, como legislação diversa da do Codigo Criminal. As disposições criminaes são a sancção inseparável das disposições civis, e tal foi o espirito do nosso legislador constitucional, mandando organizar um *Codigo Civil e Criminal*. Não será possivel corrigir este erro, reunindo em um só Codigo, e na mais completa harmonia, o que sem idéa de unidade se tem feito, e pretende-se fazer, em dois Codigos diversos? Sem a correcção d’este erro o Codigo Civil não poderá seguir o methodo indicado e nossa *Tabella de constituendo*, onde em sua compreensão os direitos são *absolutos e relativos*”⁵⁶.

A referência à matéria civil e criminal em um tema específico e à “*Tabella*” (provavelmente a já referida “*taboa systematica*”⁵⁷ de 1865) indicaria, em princípio, o espírito de realizar um “Código Civil e Criminal” uno, com uma Parte Geral. Contudo, em outra nota dessa mesma edição da *Consolidação*, ele faz referência expressa a “novas idéas da Proposta do Codigo Geral”⁵⁸ (cujas linhas gerais estavam na *Carta*

54 A. Teixeira de Freitas, Vocabulário jurídico I cit., pp. 21 e 22.

55 A. Teixeira de Freitas, Vocabulário jurídico I cit., p. 262.

56 A. Teixeira de Freitas, *Consolidação* (1876) cit., pp. 484 e 485, nt. 1.

57 Cf. J. C. Matos Peixoto, *A codificação de Teixeira de Freitas (continuação)* cit., p. 225 e ss.

58 A. Teixeira de Freitas, *Consolidação* (1876) cit., p. lxxviii, nt. 70. Cf. também pp. cxx e cxxi, nt. 204.

de 1867⁵⁹) e à não mais adequada (“não é boa”) divisão Parte Geral/Parte Especial⁶⁰.

Assim, da *Carta* de 1867 às notas da *Consolidação* em 1876, TEIXEIRA DE FREITAS não teria abandonado a pretensão de escrever um “Código Geral”, mas ainda não o teria elaborado (talvez somente rascunhado). É provável que, logo depois de 1876, tenha conjugado as ideias de um “Código Civil e Criminal” e de um “Código Geral”. De fato, dois anos depois (1878), afirma: “PESSOAS, COUSAS, FACTOS, Eis as três partes componentes de uma *Codificação Civil*, e d’ellas systematicamente nada pode escapar do que proprio lhe-pertença. O CODIGO CIVIL E CRIMINAL da Constituição do Imperio no Art. 179 §18 não exclúe a *Codificação civil*”⁶¹.

Ele volta a mencionar “um Código Civil e Criminal” em 1880⁶², tornando-se enfático em 1881: “Basta de CODIGOS (Art. 151 da Constituição do Imperio). Abandone-se a imitada illusão do chamado CODIGO CIVIL para êste *Selecto Canto de Terra*: Entendão o §18 da mesma Constituição do Imperio em seu Art. 179, com a sua organização viva de UM SÓ CODIGO CIVIL E CRIMINAL, FUNDADO NAS SOLIDAS BAZES DA JUSTIÇA E DA EQUIDADE”⁶³. Ainda em 1881 parece já indicar três daquelas que seriam as “sólidas bases” de seu “Código Civil e Criminal” (ou seja, já deveria ter ao menos esboçada a sua redação inicial): “Em verdade, as *Lêis* compoem-se de *Lêtras*, e estas são necessariamente as *Lêis Primitivas*; são as *Lêis das Lêis*, no inspirado prognostico de *Bacon* do seu Aphorismo VI... Mas, com concurso de tantos *Alphabetos*, quaes as *Lêtras Escolhidas*, quaes as *Lêtras Nobres*, quaes as *Letras Soberanas*? Serão as *Portuguêzas*, colonizadas n’êste Imperio da Crúz?”⁶⁴.

No ano seguinte (1882), como visto, compõe finalmente o alardeado *Codigo Civil e Criminal* (como o “Código Geral”). Mas, nesse contexto, não fica claro qual o sentido de, ao mesmo tempo, elaborar os “Apêndices” do *Vocabulário*, que são claramente uma versão revista da Parte Geral do *Esboço* (que indicaria um abandono implícito da ideia do “Código Geral”). Ademais, enquanto na primeira obra, como será visto a seguir, há poucos indícios de sanidade mental, a segunda é mais sóbria (revelando só em algumas passagens uma ausência de compostura). Talvez a solução para essa divergência no espírito de duas obras compostas simultaneamente esteja

59 Cf. A. Teixeira de Freitas, *Consolidação* (1876) cit., p. xxxix, nt. 11.

60 A. Teixeira de Freitas, *Consolidação* (1876) cit., p. xxiii, nt. 5.

61 A. Teixeira de Freitas, *Additamentos ao Codigo do Commercio I – Do Commercio em geral*, Rio de Janeiro, Perseverança, 1878, p. xv.

62 J. H. Corrêa Telles - A. Teixeira de Freitas, *Doutrina das acções*, Rio de Janeiro, Garnier, 1880, p. xii.

63 J. H. Corrêa Telles - A. Teixeira de Freitas, *Formulario dos contractos, testamentos, e de outros actos do tabellionato*, Rio de Janeiro, Garnier, 1881, p. 482.

64 A. J. Gouvêa Pinto – A. Teixeira de Freitas, *Tratado dos testamentos, e successões*, Rio de Janeiro, Garnier, 1881, pp. xvii e xviii. Compare-se esse trecho com as três primeiras bases de seu “Código Civil e Criminal” – A. Teixeira de Freitas, *Codigo civil, e criminal cit.*, pp. 2 a 5.

na participação ativa de um terceiro na composição do *Vocabulário*: seu filho (Augusto Teixeira de Freitas Júnior).

6_DOENÇA E COLABORAÇÃO EM SUAS ÚLTIMAS OBRAS

Tendo estudado na Faculdade de Direito de São Paulo na mesma época em que seu famoso pai compunha o Esboço (colou grau em 29/11/18⁶⁴), Teixeira de Freitas Júnior desde cedo exerceu a advocacia em conjunto com ele. Na época da mudança da família para Curitiba, estabeleceu escritório antes da chegada de seu pai (em janeiro de 1873); na volta para a Corte (Rio de Janeiro), continuou a anunciar conjuntamente a advocacia e se aventurou a publicar livros jurídicos, com um desabafo inicial (1878): “Entre nós tudo está por fazer-se, o Paiz nada supporta no dominio das nobres aspirações, e salutare reformas, avassalando á todos a muralha de bronze da necessidade! Formigão as aptidões politicas! Gloria para ellas, se outro fôra o nosso estado! Vã gloria, se pouco tempo bastou para reduzirem-se ás mais crueis provações!”⁶⁵.

Nos quatro anos seguintes, publicou intensamente (mais de um livro por ano). E nesse momento a família vivia às custas da renda dos contratos de edição de seu pai⁶⁶ (evidentemente, os contratos de edição com o seu pai tinham contraprestações maiores do que os com ele); o próprio TEIXEIRA DE FREITAS deixa explícita a razão para fazer obras extensas nessa fase final de sua vida no sincero *Código Civil e Criminal*: “Não se-estranhe pôis constár êste Codigo de 66 *Artigos*, habituados como estamos á *Calhamaços*; no fito quase sempre de fazêmos dinhêiro, para acodirmos ás necessidades da vida n’estes Paizes-Baixos”⁶⁷.

Considerando-se que mesmo os historiadores que amenizam a gravidade do estado mental de TEIXEIRA DE FREITAS ao longo da última década de vida chegam a reconhecer que “no último ano de sua existência, 1883, eram evidentes e alarmantes os sinais de decadência física e mental”⁶⁸, pode-se talvez imaginar que o *Código Civil e Criminal* foi efetivamente uma obra por ele composta, enquanto que no *Vocabulário* teve ele somente participação marginal: em particular com relação aos “Apêndices”, não é irrazoável supor que o filho tenha colaborado para a produção de obra importante para

65 A. Teixeira de Freitas Junior, Formulário anotado do processo civil, Rio de Janeiro, Cruz Coutinho, 1878, pp. 7 e 8.

66 S. Meira, Teixeira de Freitas cit., p. 480.

67 A. Teixeira de Freitas, Código civil, e criminal cit., p. 46.

68 S. Meira, Teixeira de Freitas cit., p. 480.

a renda familiar (aproveitando-se de notas antigas do pai⁶⁹, como o já citado exemplo da reprodução de artigos da *Consolidação* relativos aos pródigos no “Apêndice II” do *Vocabulário*). Ao pai teria cabido inserções pontuais, principalmente nas questões que abrangiam as “representações de direito” (pessoas, coisas e fatos/efeitos)⁷⁰.

Uma falha de citação pode ser um indício dessa conjução de esforços para a composição dessa obra. Logo no começo da ampla reformulação que sofre a parte inicial das pessoas jurídicas (*Esboço*, art. 272 e ss.; *Vocabulário*, “Apêndice II”, art. 258 e ss.), o final da extensa nota inicial conta com um “adendo” que, além de fazer expressa menção ao *Código Civil e Criminal*, diz: “a definição deste nosso art. 276...”. Em verdade, tratava-se de uma nota ao art. 258 (do “Apêndice II”), que correspondia ao art. 272 do *Esboço*. Esse “adendo” provavelmente estava situado originalmente como um comentário ao antigo art. 276 do *Esboço*. Trata-se de um erro de citação (em que é indicada uma referência do *Esboço* e não dos “Apêndices” do *Vocabulário*) que acontece outras vezes⁷¹, indicando um provável aproveitamento de notas redigidas originalmente com base no *Esboço*. Ademais, justamente na adaptação da nota ao antigo art. 276 (*Esboço*) há outra falha no comentário (nota 234 ao art. 260 do “Apêndice II”)⁷².

Por fim, exatamente no contexto desses artigos sobre as pessoas jurídicas é inserido um “novo” art. 259, que deixa evidente o fanatismo religioso dessa fase de sua vida: “A SANTÍSSIMA TRINDADE da *Religião Católica Apostólica Romana*, isto é, de três PESSOAS DISTINTAS, representando UM SÓ DEUS VERDADEIRO, é a base de todas as *pessoas jurídicas*, seja qual for a sua natureza, seja qual for sua denominação”. Compare-se com uma nota inicial do capítulo acerca das “pessoas coletivas” do *Código Civil e Criminal*: “A Divina Trindade não passa de Três Pessôas, não tem Avós Genealogicos, nem Avos Arithmeticos: E note-se, que a Tercêira Pessôa, - ESPIRITO SANTO - não augmenta o numero das Duas Primêiras – PADRE E FILHO -, pôis exprime uma idéa collectiva. DEUS é único, UM SÓ DEUS VERDADEIRO...”⁷³.

Em síntese, enquanto os “Apêndices” do *Vocabulário* (1883) são uma versão corrigida (com auxílio de terceiros – provavelmente seu filho) da Parte Geral do *Esboço* (e mostrariam um raciocínio mais lúcido de Teixeira de Freitas), o *Código Civil e Criminal*

69 Ainda assim, um trabalho não completo, pois muitas alterações de pensamento da Parte Especial do *Esboço* poderiam e não foram incorporadas nessa nova versão da Parte Geral – G. Haical – F. Medina, *Teoria dos fatos jurídicos cit.*, p. 58 (mas sem cogitar a possibilidade de não ter sido Teixeira de Freitas a preparar a maior parte da obra).

70 Cf. o artigo preliminar de seu “Código Civil e Criminal”: “CODIGO CIVIL E CRIMINAL, é o de tôdas as Representações de Dirêito, SEM O EPILOGO DA MORTE: As Representações de Dirêito são Pessôas, Cousas, Effeitos” – A. Teixeira de Freitas, *Codigo civil, e criminal cit.*, p. 9.

71 E.g. A. Teixeira de Freitas, *Vocabulário II cit.*, p. 453 (ao indicar “Título III” ao invés de “Título II”).

72 Nesse sentido, cf. A. Tomasetti Junior, in A. Teixeira de Freitas, *Vocabulário II cit.*, p. 458 (“Nota do Coordenador”).

73 A. Teixeira de Freitas, *Codigo civil, e criminal cit.*, p. 36.

(1882) parece ser obra original e integral do próprio “jurisconsulto do Império”, escrita para ser o seu “Código Geral” (cuja ideia original foi exposta na *Carta* de 1867, mas nessa obra com um sentido um pouco diverso, pois ele a caracteriza como um “meio” para a futura elaboração de um “Código”⁷⁴) em momento em que lhe faltava plena lucidez.

Essa ausência de plena sanidade mental, caracterizada por um fanatismo religioso, é mais do que evidente em todo texto (artigos e notas) do *Código Civil e Criminal*, tornando quase impossível a compreensão da maioria de suas ideias. Exemplo claro (e de trecho menos obscuro) está na sua justificativa para o Código ter 66 artigos: “A disposição do Art. PRELIMINAR na pag. 9 é commum ás TRÊS PARTES d’êste LIVRO, e portanto subentenda-se repetida na subsequeunte PARTE SEGUNDA, e na PARTE TERCÊIRA, para evitarem-se repetições ociosas; de modo que, assim, cada uma das TRES PARTES vem á ter 22 *Artigos*, ao tôdo 66 *Artigos*. Esta somma de 66 *Artigos* prova a rigorosa exactidão do trabalho, porquanto, sendo *trabalho medio*, seus *Artigos* devem sêr precisamente 66; já que forão 6 os dias de Creação do Mundo no Cap. I do *Genesis*, e 666 vem a sêr o numero extremo. Indispensável observação, porque lê-se no *Apocalypse* Cap. XIII-18: *Aqui ha Sapiencia. Quem tivér entendimento, compúte o Numero da Bêsta. É numero de homem, é 666: Hic Sapiencia est. Qui habet intellectum, computet Numerum Bestiae. Numerus enim hominis est, et numerus ejus 666*. Ainda ninguém soube percebêr esta passagem, não sendo aliáz de percepção difícil: Os 666 são a somma das *Sêis Lêtras* empregadas no sistema da Numeração Romana; á sabêr, I 1, V e I 6, e mais X déz 16, e mais L cincoenta 66, e mais C cem 166, e mais D quinhentos 666. Eis vencida a dificuldade!”⁷⁵.

Um exemplo basta, porque não se deve pretender desconstruir a imagem de um dos maiores juristas do mundo no século XIX. Compreende-se facilmente a razão dessa obra ter sido ocultada logo após a sua publicação. E ela não infirma a genialidade de toda produção anterior do seu autor. Poder-se-ia, contudo, perguntar se há algum lampejo de genialidade nas 132 páginas de seu texto. Infelizmente há pouco.

Em sua parte consciente, trata-se de uma retomada da estrutura geral que ele pensou ainda na década de 1860; esse Código conteria as três representações de todo direito: pessoas, coisas e efeitos (artigo preliminar); delas, os “efeitos” é que seriam a parte “mais interessante do trabalho”⁷⁶. As pessoas se subdividem em singulares e

74 A. Teixeira de Freitas, *Código civil, e criminal cit.*, p. 47.

75 A. Teixeira de Freitas, *Código civil, e criminal cit.*, pp. 45 e 46. Ele própria liga expressamente o Código Civil e Criminal a outra de suas obras consideradas “problemáticas”, o *Cortice Eucharístico* – cf. A. Teixeira de Freitas, *Código civil, e criminal cit.*, p. 96, nt. 77: “... *Cortice Eucharístico*, Poesia composta pelo Padre Antonio Vieira, no fim de suas Obras Varias, onde teve a fortuna de prevêr êste Código Civil e Criminal, de que se-desenganou!”.

76 A. Teixeira de Freitas, *Código civil, e criminal cit.*, p. 85, nt. 56.

coletivas (art. V); as singulares em místicas, divinas e humanas (art. VII); as coletivas em primeiras, segundas e terceiras pessoas (art. XV). As coisas se subdividem em corpóreas e incorpóreas (art. XXVI); as corpóreas em móveis imóveis e semoventes (art. XXVIII); as incorpóreas em sagradas, religiosas e santas (art. XXXIV). Os efeitos se subdividem em ativos e passivos (art. XLVIII); os ativos em indicativos, conjuntivos e infinitivos (art. L); os passivos em presentes, pretéritos e futuros (art. LVIII).

Quanto ao sentido de cada uma dessas categorias, pouco se pode inferir, pois Teixeira de Freitas emprega um raciocínio tautológico ao conceituá-las. Veja o exemplo das “pessoas humanas”: “*Pessôas Humanas* são tôdas as representações de *Pessôas singulares*, que não fôrem, nem de *Pessôas Místicas*, nem de *Pessôas Divinas*” (art. XII), mas “*Pessôas Místicas*, são tôdas as representações de *Pessôas Singulares*, que não fôrem, nem de *Pessôas Divinas*, nem de *Pessôas Humanas*” (art. VIII), enquanto “*Pessôas Divinas* são tôdas as representações de *Pessôas Singulares*, que não fôrem, nem de *Pessôas Místicas*, nem de *Pessôas Humanas*” (art. X).

Por vezes, o sentido de certas categorias pode ser melhor compreendido a partir do *Vocabulário*, mas em alguns casos há contradições, que, mais uma vez, indicam uma feitura por mãos diversas do *Vocabulário* e do *Código Civil e Criminal*. Exemplo dessa divergência está na sistematização dos fatos ativos e passivos no artigo 2º (e seguintes) do “Apêndice IV” do *Vocabulário*, que claramente não coincide com os art. XLVIII e seguintes do *Código Civil e Criminal*.

CONCLUSÃO

Com o *Código Civil e Criminal*, encerra Teixeira de Freitas sua produção intelectual mais conhecida. O ano de 1883, em especial seu último mês de vida, deve ter sido difícil. Com dificuldades econômicas e esquecido por seus pares, perdeu seu filho (que o sucedeu na vida jurídica, mas antecedeu na morte) e já havia perdido a vontade de publicar seu *Esboço* (desde a segunda metade da década de 1860, não obstante a reformulação final do *Vocabulário*, fruto de necessidade econômica e do provável auxílio de terceiros) e também havia perdido a esperança de ver concluído o seu *Código Geral* (esboçado no seu *Código Civil e Criminal*, embora seu espírito perturbado tenha entendido que estava concluído). Perdeu o Brasil. Restou a memória do jurista que mais colaborou no século XIX para a construção de uma identidade jurídica nacional, a partir da criativa leitura do direito posto (na *Consolidação*) e da genial projeção de um direito novo (no *Esboço*, com a sua reformulação, quanto à Parte Geral, no *Vocabulário*). As homenagens sempre serão poucas para tal contribuição.

Nacionalidade brasileira e as garantias trazidas pela Emenda Constitucional nº 131/2023: repercussões após o MS nº 33.864 / STF

CARLOS ALBERTO DE CICCÒ FERREIRA FILHO¹
ANA CLARA AQUINO DE SOUZA²

Resumo: O conceito de nacionalidade é central para o direito constitucional e as relações internacionais. Em 2023, a Emenda Constitucional nº 131 trouxe alterações significativas às regras de perda da nacionalidade no Brasil. O artigo analisa as mudanças à luz do caso Cláudia Hoerig, no qual o Supremo Tribunal Federal (STF) enfrentou dilemas acerca da possibilidade de perda da nacionalidade por brasileiros natos. A análise aborda as razões que motivaram a reforma do texto constitucional, a interpretação do STF à época e as implicações jurídicas e práticas das alterações recentes.

Palavras-chave: nacionalidade; Emenda Constitucional nº 131/2023; perda da nacionalidade; brasileiro nato.

Abstract: The concept of nationality is central to constitutional law and international relations. In 2023, Constitutional Amendment 131 brought significant changes to the rules on loss of nationality in Brazil. The article analyzes the changes in light of the Claudia Hoerig case, in which the Federal Supreme Court (STF) faced dilemmas over the possibility of native Brazilians losing their nationality. The analysis addresses the reasons that motivated the reform of the constitutional text, the STF's interpretation at the time and the legal and practical implications of the recent changes.

Keywords: nationality; Constitutional Amendment No. 131/2023; loss of nationality; acquisition of original nationality

1_INTRODUÇÃO

A nacionalidade exprime a qualidade ou condição de nacional, atribuída a uma pessoa com vínculo a uma nação ou a um Estado, ao qual pertence ou de onde

1 Doutorando pelo Programa de Pós-graduação em Humanidades, Direitos e outras legitimidades (USP). Mestre em Filosofia (USP). Advogado. Professor do curso de Direito da FAAP.

2 Graduanda em direito. Integrante do grupo de pesquisa da Lattes Educacional.

se origina. É comumente definida como o vínculo jurídico-político³ entre o indivíduo e o Estado. Esse vínculo é denominado jurídico-político porque envolve, por um lado, o aspecto normativo e, por outro, o componente político. O aspecto normativo trata em geral das normas constitucionais que definem os critérios para aquisição e perda da nacionalidade, o aspecto político se refere à escolha de cada Estado para determinar quem são seus nacionais. Como define Moraes⁴ “A competência para legislar sobre nacionalidade é exclusiva do próprio Estado, sendo incontroversa a total impossibilidade de ingerência normativa de direito estrangeiro.”

Além dessa perspectiva jurídico-política, a nacionalidade vincula-se ao elemento subjetivo do Estado (povo) inserida no contexto do corpo social, que se refere ao pertencimento do indivíduo a um povo ou nação. “O nacional é o sujeito natural do Estado. O conjunto de nacionais é que constitui o povo sem o qual não pode haver Estado”⁵. Portanto, ser nacional de um Estado significa pertencer a um grupo de pessoas que compartilham identidades culturais, costumes, práticas comuns e raízes históricas.

Aduz Moraes⁶ que a “nacionalidade é o vínculo jurídico que conecta o indivíduo a um Estado, conferindo-lhe direitos e deveres”. No ordenamento jurídico pátrio a nacionalidade se insere no texto constitucional, mais especificadamente no artigo 12 junto ao título II “dos direitos e garantias fundamentais”.

A definição do não nacional se dá pela exclusão do conceito de nacionalidade, também denominado como estrangeiro “aquele ao qual o direito do Estado não atribui a qualidade de nacional, é excepcionalmente sujeito a outro Estado”⁷. Já o indivíduo que não possui nacionalidade de nenhum Estado é definido como apátrida⁸, conceito este trazido na Lei de Migração⁹.

O Direito Internacional e Tratados de Direitos Humanos abordam a garantia de nacionalidade ao estabelecer normas mínimas de proteção para a pessoa em sua relação com o Estado, além de procurar prevenir a apatridia, ou seja, a situação de

3 HUSEK, Carlos Roberto. Nacionalidade. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Direito Internacional. Cláudio Finkelstein, Clarisse Laupman Ferraz Lima (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017.

4 MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 35. ed. São Paulo: Atlas, 2023, p. 276.

5 FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Curso de Direito Constitucional. 42. ed. São Paulo: Forense, 2022, Cap. 12

6 MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 35. ed. São Paulo: Atlas, 2023, p. 275.

7 FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Curso de Direito Constitucional. 42. ed. São Paulo: Forense, 2022. Cap. 12.

8 TAVARES, André Ramos. Curso de Direito Constitucional. 22ª ed. São Paulo: Saraiva, 2024. Cap. Direitos da nacionalidade.

9 O artigo 1º, §1º, VI da Lei Federal nº 13.445/2107 estabelece apátrida: pessoa que não seja considerada como nacional por nenhum Estado, segundo a sua legislação, nos termos da Convenção sobre o Estatuto dos Apátridas, de 1954, promulgada pelo Decreto nº 4.246, de 22 de maio de 2002, ou assim reconhecida pelo Estado brasileiro.

quem não possui nenhuma nacionalidade, tornando-se estrangeiro em todos os países. O artigo XV da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, estabelece que “todo ser humano tem direito a uma nacionalidade” e “ninguém será arbitrariamente privado de sua nacionalidade, nem do direito de mudar de nacionalidade”¹⁰.

No Brasil, o tema da nacionalidade ganhou novo destaque em 2023, com a aprovação da Emenda Constitucional nº 131, que reformulou o artigo 12 da Constituição Federal. A modificação impacta diretamente o modo como o Brasil lida com a perda e a aquisição de nacionalidade, especialmente em situações que envolvem múltiplas nacionalidades.

Este artigo tem como objetivo discutir as implicações dessa mudança, com foco no julgamento do STF vinculado ao caso Cláudia Hoerig, que abordou a perda de nacionalidade por naturalização voluntária em solo estrangeiro e consequente extradição.

2_AQUISIÇÃO DE NACIONALIDADE: ORIGINÁRIA E DERIVADA

Há duas espécies de nacionalidade comumente identificadas na doutrina, segundo André Ramos Tavares¹¹ a primária (ou originária) e a secundária (ou derivada/adquirida). A nacionalidade primária é aquela que resulta no nascimento, ou seja, a pessoa faz jus à nacionalidade por critérios de aquisição vinculados à sua origem. Na Constituição Federal de 1988, os indivíduos que possuem nacionalidade por aquisição originária são denominados brasileiros natos. Segundo Guilherme Peña de Moares¹²:

É definida pelos critérios *ius soli* — que concede a nacionalidade do país onde a pessoa nasce, comum nos Estados receptores de imigrantes — e *ius sanguinis* — que confere a nacionalidade dos pais no momento do nascimento, característica dos Estados emissores de emigrantes.

A nacionalidade secundária refere-se àquela que o indivíduo busca adquirir após o nascimento, não estando vinculada à sua origem, mas sim a um ato posterior. Normalmente, essa nacionalidade é adquirida por meio da naturalização. O indivíduo naturalizado é aquele que, embora tenha nascido em outro Estado, passa a ser

10 ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Declaração Universal dos Direitos Humanos. 10 dez. 1948.

11 TAVARES, André Ramos. Curso de Direito Constitucional. 22ª ed. São Paulo: Saraiva, 2024. Cap. Direitos da nacionalidade.

12 MORAES, Guilherme Peña de. Curso de Direito Constitucional. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2024, p. 214

considerado nacional de um novo Estado por ter adquirido sua nacionalidade de forma secundária. Vale ressaltar que, tanto os natos quanto os naturalizados, são igualmente nacionais de um Estado, sendo que, no ordenamento jurídico brasileiro, somente a Constituição pode estabelecer distinções entre essas duas categorias de nacionais (art. 12, II, § 2º).

Identificam-se dois critérios como os mais comuns entre os Estados para determinarem a aquisição originária da nacionalidade: o *ius sanguinis* (pela filiação, pelo sangue) e o *ius soli* (pelo solo / território). Os Estados em geral adotam um desses critérios, sendo bem costumeiro que adotarem ambos em concomitância, ainda que elegendo um deles como o principal.¹³ O Brasil adota justamente este modelo, aonde o principal critério é o territorial (*ius soli*), estabelecido no art. 12, I, “a”, mas admitindo, no art. 12, I, alíneas “b” e “c”, o critério do sangue / filiação (*ius sanguinis*), uma vez que filhos de brasileiros nascidos no exterior também podem adquirir originariamente a nacionalidade brasileira conforme previsão constitucional.

Embora os critérios para a aquisição originária da nacionalidade sejam, em grande parte, uniformes, isso não se aplica da mesma maneira aos requisitos para a aquisição derivada da nacionalidade por estrangeiro¹⁴. A naturalização, que é a forma mais comum de aquisição derivada, é regulada por legislações detalhadas que variam de um país para outro, fruto da soberania de cada Estado. Um aspecto que distingue a aquisição derivada da nacionalidade da originária é que, enquanto na primeira o indivíduo já nasce com a nacionalidade, por decisão exclusiva do Estado, na naturalização há, geralmente, a interação de duas vontades: a do Estado, que determina as condições para a naturalização por intermédio de leis, e a do indivíduo, que deve manifestar o desejo de adquirir a nacionalidade. No Brasil a naturalização é sempre voluntária, embora existam Estados que adotem naturalização imposta.

De acordo com José Celso de Mello¹⁵ :

a concessão da naturalização é faculdade exclusiva do Poder Executivo. A satisfação das condições, exigências e requisitos legais não assegura ao estrangeiro direito à naturalização. A outorga

13 HUSEK, Carlos Roberto. Nacionalidade. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Direito Internacional. Cláudio Finkelstein, Clarisse Laupman Ferraz Lima (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017.

14 TAVARES, André Ramos. Curso de Direito Constitucional. 22ª ed. São Paulo: Saraiva, 2024. Cap. Direitos da nacionalidade.

15 MELLO FILHO, José Celso. Constituição Federal Anotada. Editora Saraiva, 1984.

da nacionalidade brasileira secundária a um estrangeiro constitui manifestação de soberania nacional, sendo faculdade discricionária do Poder Executivo.

No Brasil, o art. 12, II, da Constituição Federal estabelece as bases para a naturalização de estrangeiros, especificando na Lei de Migração (Lei federal nº 13.445/2017) os trâmites, formas e procedimentos para a obtenção desta, tal como manifesta o capítulo VI “da opção de nacionalidade e da naturalização” entre os artigos 64 a 73”. Pela Lei de Migração o Brasil adotou quatro espécies de naturalização: a ordinária, a extraordinária, especial e provisória¹⁶.

3_TRATAMENTO CONSTITUCIONAL OFERTADO AOS BRASILEIROS NATOS

Conforme mencionado, a nacionalidade pode ser adquirida de forma originária (para os brasileiros natos) ou derivada (para os naturalizados). Pelo ordenamento jurídico brasileiro a Constituição Federal estabelece que não haverá distinção entre brasileiros natos e naturalizados, salvo nos casos previstos pela própria Constituição (Art. 12, II, § 2º CF). Assim entre as distinções o próprio texto constitucional manifesta no artigo 5º, LI que “nenhum brasileiro será extraditado, salvo o naturalizado, em caso de crime comum, praticado antes da naturalização, ou de comprovado envolvimento em tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, na forma da lei”. Desta forma, enquanto a extradição é totalmente vedada aos brasileiros natos, ao naturalizado abre-se esta possibilidade no caso de crime comum praticado antes da naturalização, ou no comprovado envolvimento em tráfico de entorpecentes e drogas.

Entre as distinções trazidas aos natos e naturalizados a Constituição ainda reserva alguns cargos específicos, devido à segurança nacional, apenas para brasileiros natos, como é o caso dos cargos na linha sucessória da Presidência da República; membros de carreira diplomática e oficiais das forças armadas¹⁷.

16 BRASIL. Lei nº 13.445, de 24 de maio de 2017. Lei de Migração. Art. 64. Diário Oficial da União, Brasília, 24 maio 2017.

17 BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Art. 12, § 3º. Diário Oficial da União, Brasília, 5 out. 1988.

4_A NÃO POSSIBILIDADE DE EXTRADIÇÃO DE BRASILEIRO NATO: O CASO CLÁUDIA HOERIG E A PERDA DE NACIONALIDADE

No que se refere a extradição de brasileiro nato foi justamente o ponto em debate trazido pelos Ministros do STF no julgado do Mandado de Segurança nº 33.864 que envolvia a perda da nacionalidade brasileira e consequente extradição.

Em 2016 iniciaria a emblemática questão acerca da possibilidade de perda de nacionalidade de brasileiro nato e consequente extradição junto ao Supremo Tribunal Federal, o que inclusive traria mudanças no texto constitucional com a reforma pela emenda constitucional nº 131/2023. Trata-se do caso Cláudia Hoerig que envolve processo jurídico complexo em razão do pedido de extradição apresentado pelo Governo Americano¹⁸ contra a então brasileira nata, acusada da prática de crime de homicídio em território americano.

Aduz em apertada síntese a Nota Verbal 436/2016 que em março de 2007, Claudia Hoerig comprou arma de fogo e munições em território americano. Dois dias após a compra do armamento um vizinho de Cláudia a viu sair de sua residência e nunca mais retornar. Três dias após a compra do revólver, o corpo de Karl Hoerig (marido de Cláudia) foi descoberto na residência do casal. Um exame médico legisla revelou que a causa da morte foi decorrente de feridas letais resultantes por duas munições de arma de fogo, uma na cabeça e outra nas costas. Os fragmentos de bala encontrados no corpo indicaram que a vítima havia sido atingida pela mesma arma que Cláudia Hoerig havia comprado dois dias antes da morte de seu então marido. Registros do aeroporto internacional de Pittsburgh nos EUA comprovam que em 12 de março de 2007 Cláudia Hoerig embarcou para o Brasil.

Cláudia era nascida no Brasil, de pais também brasileiros, migrou para os Estados Unidos e lá se casou em 1990 com Thomas Bold, obtendo visto de permanência no país denominado “*green card*”. Divorciada do primeiro marido, casou-se novamente com Karl Hoerig. Em 1999, ela requereu a nacionalidade norte-americana, o que traria enorme impacto na seara jurídica que envolveria a discussão sobre nacionalidade no território brasileiro anos mais tarde.

O fato de Cláudia Hoerig à época ser brasileira nata, não permitiria o pedido de extradição para o solo americano, já que a doutrina e jurisprudência são pacíficas em afirmar que brasileiros natos não podem ser extraditados¹⁹. Entretanto a aquisição

18 Nota Verbal nº 435/2016

19 MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 35. ed. São Paulo: Atlas, 2023.

da nacionalidade derivada americana atizou a tese da possibilidade de perda da nacionalidade brasileira. Em 12.09.2011 foi aberto procedimento administrativo nº 08018.011847/2011-01 resultando na perda de nacionalidade brasileira por decisão do Ministro da Justiça, publicada por meio da Portaria Ministerial nº 2.465/13.

A judicialização acerca da nacionalidade no Supremo Tribunal Federal seria a partir da impugnação desta decisão administrativa, com defesa apresentada pela impetrante Claudia Hoerig de violação de direito líquido e certo por intermédio do Mandado de Segurança nº 33.864²⁰. Em 19.04.2016 o acórdão do STF denegou a da segurança, mantendo a decisão administrativa de perda da nacionalidade brasileira.

A análise do mérito com a qual a primeira turma do STF confeccionou o acórdão do MS 33.864 de relatoria do Ministro Luís Roberto Barroso vinculava-se nas hipóteses de perda da nacionalidade brasileira à época segundo o antigo texto constitucional. A Constituição Federal assim manifestava no artigo 12, § 4º

- § 4º** - Será declarada a perda da nacionalidade do brasileiro que
- I** _ tiver cancelada sua naturalização, por sentença judicial, em virtude de atividade nociva ao interesse nacional;
 - II** _ adquirir outra nacionalidade, salvo nos casos:
 - a)** de reconhecimento de nacionalidade originária pela lei estrangeira;
 - b)** de imposição de naturalização, pela norma estrangeira, ao brasileiro residente em estado estrangeiro, como condição para permanência em seu território ou para o exercício de direitos civis;

Assim no julgado do MS 33.864/2016 a Primeira Turma do STF entendeu que a Constituição Federal estabeleceu duas hipóteses para a perda da nacionalidade brasileira, a primeira seria o cancelamento judicial da naturalização, em virtude da prática de ato nocivo ao interesse nacional, o que seria apenas para brasileiros naturalizados (art. 12, §4º, I) e a segunda hipótese que tratava da aquisição voluntária de outra nacionalidade secundária, o que alcançaria, brasileiros natos e naturalizados (art. 12, §4º, II).

Concluiu a Primeira Turma do STF que adquirir outra nacionalidade é regra para a perda de nacionalidade brasileira, seja como nato ou naturalizado, comportando duas exceções constitucionais. (I) O mero reconhecimento de outra nacionalidade originária, considerando a natureza declaratória deste reconhecimento, o que não representaria a aquisição de outra nacionalidade (art. 12, §4º, II, a) e (II) a imposição

20 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança nº 33.864, Primeira Turma. Relator: Min. Roberto Barroso. Brasília, Julgado em 19.03.2016.

de outra nacionalidade pelo Estado estrangeiro como condição de permanência em seu território ou para o exercício de direitos civis (art. 12, § 4º, II, b).

Cabe destaque que o que colaborou de maneira decisiva com a perda da nacionalidade da então brasileira nata foi a compreensão por parte dos Ministros que a impetrante já detinha o “*green card*”, cuja natureza jurídica é a de visto de permanência, não havendo no entendimento dos ministros a necessidade da naturalização como americana, se assim esta não desejasse, haja vista ter a impetrante já alcançado o direito de permanência em solo americano e a possibilidade de trabalho. A obtenção da nacionalidade americana, portanto, foi fator para perda da nacionalidade brasileira, nos termos do artigo 12, §4º, II do antigo dispositivo constitucional recentemente revogado.

Importante mencionar que o citado acórdão da Primeira Turma do STF não foi unânime, sendo vencido os votos do Ministros Edson Fachin e Marco Aurélio. Os votos dos ministros Edson Fachin e Marco Aurélio diferem em relação à competência do Supremo Tribunal Federal e à interpretação da Constituição sobre a perda de nacionalidade. O ministro Fachin acreditava que o ato administrativo do Ministro da Justiça, que declarou a perda da nacionalidade, precisa ser analisado cuidadosamente à luz da Constituição, que impedia a extradição de brasileiros natos e garantia a proteção da nacionalidade, mesmo em casos de suspeita de crimes. Embora o Min. Fachin reconheça que a perda da nacionalidade para brasileiros natos não deve ser permitida e compreenda a questão da impunidade, ele fundamenta que o STF não deve ser chamado para revisar decisões administrativas, sendo assim, defendeu o Ministro uma abordagem mais limitada para o papel da corte. Já para o Ministro Marco Aurélio o voto foi no sentido de que a Corte não deve interferir nas decisões administrativas, como a que envolve a perda de nacionalidade, se essas decisões não violarem diretamente a Constituição ou direitos fundamentais. A fundamentação foi que o STF não deveria agir como uma instância revisora de decisões administrativas, que são de responsabilidade do Executivo e de outros órgãos competentes. De toda forma, o Ministro Marco Aurélio também vislumbrava Claudia Hoerig na condição de brasileira nata.

O acórdão do MS 33.864/2016 e a conseqüente decisão dos Ministros do STF, que determinaram que Claudia Hoerig perderá a condição de brasileira nata, reabriu a possibilidade de extradição sem violar o dispositivo constitucional que veda a extradição de brasileiros natos (art. 5º, LI da CF). Tal dispositivo, por ser considerado um direito e garantia fundamental, também é classificado como cláusula pétrea tornando a discussão mais delicada e sensível.

Outro processo na esfera de competência do STF se debruçaria sobre a análise da possibilidade de extradição de Claudia Hoerig, trata-se da Extradição nº 1.462 Distrito Federal de relatoria do Ministro Luís Roberto Barroso. O pedido de extradição partiria

do Governo dos Estados Unidos da América fundamentado no Tratado de Extradicação Brasil – Estados Unidos, recepcionado no direito pátrio pelo Decreto nº 55.750 / 1965.

Os Ministros do STF verificaram que a conduta imputada à então extraditanda é tipificada no Brasil no artigo 121, § 2º, IV do CP (homicídio qualificado em razão de ter sido cometido à traição, de emboscada ou mediante dissimulação ou outro recurso que dificulte ou torne impossível a defesa do ofendido), atendendo o artigo II, 1 do Decreto nº 55.750/1965, além de verificado o requisito da dupla tipicidade à época presente como necessário junto ao revogado estatuto do estrangeiro - art. 77, II da Lei 6815/80:

Serão entregues, de acôrdo com as disposições do presente Tratado, para serem processados quando tiverem sido inculcados, os indivíduos que hajam cometido qualquer dos seguintes crimes ou delitos:

1_ Homicídio doloso inclusive os crimes designados como parricídio, envenenamento e infanticídio, quando previstos como figuras delituosas autônomas;

Claudia Hoerig com a perda da nacionalidade brasileira perderia por consequência a garantia constitucional fornecida aos brasileiros natos, enquadrando-se em uma nova condição jurídica de estrangeira perante o ordenamento jurídico brasileiro. A relatoria do Ministro Luís Roberto Barroso na Extradicação nº 1.462/2017 é categórica ao afirmar “(i) a extraditanda, como se viu, não é nacional brasileira”²¹

Os outros critérios objetivos também foram observados para a extradicação, a saber: a pena máxima prevista para os crimes comuns, pelo qual ela responderia é superior a 01 (um) ano de privação de liberdade (art. III do Decreto nº 55.750/1965); a não competência do Brasil para o julgamento do crime, haja vista o local do fato ser em território estrangeiro.

De modo que nos termos do voto do Relator, Ministro Barroso foi deferida a extradicação no acórdão da Extradicação 1.462 proferido em 28 de março de 2017 condicionada a entrega ao Estado requerente ao compromisso formal de

- (i)** Não aplicar penas interdidas pelo direito brasileiro, em especial a de morte ou prisão perpétua (art. 5º, XLVII, a e b, da CF);
- (ii)** observar o tempo máximo de cumprimento de pena previsto no

21 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Extradicação nº 1.462, Primeira Turma. Distrito Federal. Relator: Min. Roberto Barroso. Julgado em 28.03.2017, p. 5

ordenamento jurídico brasileiro, 30 (trinta) anos (art. 75, do CP); e (iii) detrair da pena o tempo que a extraditanda permaneceu presa para fins de extradição no Brasil.²²

Nos debates que versaram sobre a extradição de Claudia Hoerig o ponto controvertido versou sobre a perda da nacionalidade da extraditanda, ponto em comum que já havia sido debatido no MS nº 33.864 e que novamente foi posto em análise. O Ministro Marco Aurélio clamando pela interpretação sistemática à Constituição manifestou que a perda na nacionalidade prevista no artigo 12 da CF à época atingia apenas os brasileiros naturalizados, e que aos brasileiros natos a condição seria indisponível. O Ministro ainda frisou que o Supremo Tribunal Federal abriria o precedente da primeira brasileira nata a perder a nacionalidade e sofrer a extradição²³. Vencido o voto do Ministro Marco Aurélio, por maioria de votos, a primeira turma do STF assentou a possibilidade de entrega da extraditanda ao Governo requerente, nos termos do voto do Ministro Barroso.

Importante alerta é trazido por MOREIRA e CADÓ²⁴ ao manifestar que a perda da nacionalidade é uma questão de grande complexidade, salientando que quando a dupla nacionalidade não puder ser mantida, é fundamental garantir ao nacional o direito de escolher entre a nacionalidade brasileira ou a de outro país. Aduz os autores que é considerado extremamente arriscado declarar a perda da nacionalidade brasileira unicamente pelo fato de o nacional ter adquirido outra nacionalidade futura.

Em cumprimento ao Acórdão de extradição nº 1.462/2017 em 17 de janeiro de 2018, Claudia Hoerig foi extraditada para os Estados Unidos da América, aos 53 anos de idade, transportada em um avião fretado pelo governo norte-americano. Em solo estrangeiro a agora norte-americana Cláudia Hoerig foi imediatamente recolhida no sistema prisional na cadeia de Trumbull County Jail, no estado de Ohio.

O julgado referente a perda da nacionalidade e posterior julgado sobre a extradição abriu precedente para extradição de brasileiros natos que porventura perdessem tal condição. Deputados Federais e Senadores foram ágeis no contorno do precedente, e diante do poder derivado reformador atribuídos a eles pelo próprio texto constitucional introduziram reformas na Constituição por meio da emenda constitucional 131/2023.

A PEC que tramitou inicialmente no Senado (PEC nº 06/2018), de autoria do

22 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Extradição nº 1.462, Primeira Turma. Distrito Federal. Relator: Min. Roberto Barroso, julgado em 28.03.2017, p. 7.

23 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Extradição nº 1.462, Primeira Turma. Distrito Federal. Relator: Min. Roberto Barroso, DOU 28.03.2017, p. 40.

24 MOREIRA, Amanda Oliveira da Câmara; CADÓ, Rafaela Oliveira Reis. Análise do caso de extradição da brasileira nata Cláudia Cristina Sobral pelo STF. Revista Direito e Liberdade, v. 23, n. 1, jan./abr. 2021.

Senador Antonio Anastasia foi enfática ao afirmar como justificativa que a alteração do texto constitucional se dava em decorrência do precedente aberto de possibilidade de perda da nacionalidade brasileira por natos. Nas palavras do Senador²⁵

A recente decretação da perda da nacionalidade brasileira de Cláudia Hoerig e sua consequente extradição para os Estados Unidos da América trouxeram à discussão o tema da dupla ou múltiplas cidadanias e sobre o processo de perda da nacionalidade brasileira, matérias reguladas pelo art. 12 da Constituição Federal.

O destaque trazido pelo Senador ainda é que não seria usual a abertura de ofício de processo administrativo de perda da nacionalidade, situação ocorrida no caso da extraditada Claudia Hoerig.

O parecer da Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania vinculado a proposta de emenda constitucional foi constituído pela relatoria da Deputada Federal Bia Kicis²⁶ e assim se manifestou

A nova redação proposta do inciso II do art. 4º tem por objetivo dar segurança jurídica, admitindo a perda por renúncia expressa do interessado, perante autoridade brasileira. De um lado, não se pode impedir alguém de renunciar a nacionalidade, a menos que isso resulte em apatridia. De outro lado, parte-se do desejo pessoal de renunciar e não de um ato administrativo de declarar a perda da nacionalidade, evitando-se arbitrariedades.

Sendo que ao final trazido o voto pela admissibilidade das propostas de emenda à constituição.

Deputados Federais e Senadores seguiram o rito de processo legislativo referente a aprovação de emendas constitucionais, de modo que a emenda constitucional 131/23, publicada em 04 de outubro de 2023 trouxe novo texto, assim disposto:

25 BRASIL. Proposta de Emenda Constitucional nº 6, de 2018. Altera o art. 12 da Constituição, para suprimir a perda de nacionalidade brasileira em razão da mera naturalização, incluir a exceção para situações de apatridia, e acrescentar a possibilidade de a pessoa requerer a perda da própria nacionalidade. Senado Federal, 2018, p. 3.

26 BRASIL. Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania. Proposta de Emenda à Constituição nº 16, de 2021: apensada PEC nº 175/2019. Altera o art. 12 da Constituição Federal para suprimir a perda da nacionalidade brasileira em razão da mera aquisição de outra nacionalidade, incluir a exceção para situações de apatridia e acrescentar a possibilidade de a pessoa requerer a perda da própria nacionalidade. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, 2021, p. 8.

§ 4º - Será declarada a perda da nacionalidade do brasileiro que:

I_ tiver cancelada sua naturalização, por sentença judicial, em virtude de fraude relacionada ao processo de naturalização ou de atentado contra a ordem constitucional e o Estado Democrático;

II_ fizer pedido expresso de perda da nacionalidade brasileira perante autoridade brasileira competente, ressalvadas situações que acarretem apatridia;

§ 5º A renúncia da nacionalidade, nos termos do inciso II do § 4º deste artigo, não impede o interessado de readquirir sua nacionalidade brasileira originária, nos termos da lei.

Conforme apontado por Guilherme Peña de Moraes²⁷ o novo texto constitucional definiu as situações de perda de nacionalidade, trazendo que a nacionalidade pode ser afetada pela “perda-punição”, prevista no art. 12, § 4º, inciso I, e pela “perda-mudança”, conforme disposto no art. 12, § 4º, inciso II. Ressalta Francisco Rezek²⁸ que a nacionalidade brasileira só será perdida quando o indivíduo manifestar formalmente sua vontade. Dessa forma, ao se naturalizar em outro país, o cidadão brasileiro não perde automaticamente a nacionalidade brasileira, mas adquire a dupla nacionalidade: brasileira, por nascimento, e a do país estrangeiro, por naturalização. Até a Emenda Constitucional nº 131, a perda de nacionalidade era regulada de maneira restritiva, permitindo-a em casos de renúncia voluntária ou naturalização em outro país, conforme aponta CEIA e FRAGA²⁹. A modificação no texto constitucional introduziu maior garantia na preservação da nacionalidade brasileira, permitindo que brasileiros que adquiram outra nacionalidade não percam sua nacionalidade originária de forma involuntária. Essa mudança reflete o reconhecimento de uma sociedade globalizada, onde múltiplas nacionalidades são mais comuns a cada dia, além de reafirmar a importante tutela da nacionalidade como direito fundamental individual de todo e qualquer indivíduo.

27 MORAES, Guilherme Peña de. Curso de Direito Constitucional. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2024, p. 289

28 REZEK, Francisco. Direito Internacional Público. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2024, p. 210

29 CEIA, Eleonora Mesquita; FRAGA, Gabriela. A Emenda Constitucional 131, a dupla nacionalidade e os direitos humanos. JOTA, 2023. Disponível em: <https://www.jota.info/artigos/a-emenda-constitucional-131-a-dupla-nacionalidade-e-os-direitos-humanos>. Acesso em: 27 nov. 2024.

5_CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Emenda Constitucional nº 131/2023 trouxe mudanças significativas nos direitos e garantias fundamentais no que se refere a nacionalidade, de caráter ainda mais protetivo aos nacionais da República Federativa do Brasil, sobretudo aos brasileiros natos, mas sem prejuízo aos naturalizados. A perda da nacionalidade brasileira em razão da aquisição de outra nacionalidade derivada deixou de ser “involuntária”. Involuntária da medida em que se verifica que no caso de Cláudia Hoering nunca houve manifestação de vontade expressa por parte da extraditada em renunciar a nacionalidade brasileira perante a República Federativa do Brasil, embora se reconheça ter expressado renúncia genérica junto ao Estado Americano declarando “renunciar e abjurar fidelidade a qualquer Estado ou soberania”, conforme indicado pelo Supremo Tribunal Federal³⁰. A reforma constitucional vai no sentido de justamente exigir do renunciante pedido expresso de perda da nacionalidade brasileira perante autoridade brasileira competente e apenas se isso não resultar em apatridia, o que permite concluir que a nacionalidade é direito disponível, mas condicionado a não configuração do solicitante como não nacional de nenhum país. Se o texto constitucional fosse a época estabelecido na forma presente, muito provavelmente as chances de Claudia Hoerig ser extraditada seriam sensivelmente menores, haja vista que todo o trâmite de aquisição da nova nacionalidade americana jamais exigiu qualquer pedido de renúncia expresso junto a autoridade brasileira. A manutenção com o vínculo com o Brasil passa a ser contínuo, salvo se o indivíduo fizer pedido expresso em contrário perante a autoridade brasileira competente.

Essa mudança reflete uma evolução no entendimento sobre múltiplas nacionalidades alinhando-se com práticas internacionais mais modernas. No entanto, levanta desafios jurídicos, como a harmonização de conflitos de leis entre países que não reconhecem a possibilidade de mais de uma nacionalidade. Essa emenda é vista como uma evolução no reconhecimento de direitos dos cidadãos plurinacionais e reforça a proteção à nacionalidade originária, alinhando o Brasil às práticas internacionais. A reforma adapta o sistema jurídico à realidade de cidadãos que possuem múltiplas nacionalidades, evitando que brasileiros residentes no exterior sejam penalizados com a perda de suas nacionalidades originárias.

A nacionalidade é um tema dinâmico, influenciado por fatores históricos, sociais e jurídicos. A emenda constitucional nº 131/2023 trará possivelmente discussões

30 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Extradicação nº 1.462, Primeira Turma. Distrito Federal. Relator: Min. Roberto Barroso, DOU 28.03.2017, p. 7

futuras no que se refere a possibilidade de reaquisição na nacionalidade brasileira, haja vista que conforme estabelecido no novo texto constitucional (art. 12, §5º da CF) a renúncia da nacionalidade não impede o interessado de readquirir esta, nos termos da lei. Portanto, na possível omissão da lei, caberá ao Supremo Tribunal Federal definir de que forma ocorrerá esta reaquisição, analisando muito provavelmente se o dispositivo é norma de eficácia contida ou limitada, conforme a tradicional classificação de José Afonso da Silva³¹ sobre a aplicabilidade das normas constitucionais.

31 SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1998

6_REFERÊNCIAS

- BRASIL. Proposta de Emenda Constitucional nº 6, de 2018. Altera o art. 12 da Constituição, para suprimir a perda de nacionalidade brasileira em razão da mera naturalização, incluir a exceção para situações de apatridia, e acrescentar a possibilidade de a pessoa requerer a perda da própria nacionalidade. Senado Federal, 2018, p. 3. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=7732609&ts=1724764023260&disposition=inline>. Acesso em: 2 dez. 2024.
- BRASIL. Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania. Proposta de Emenda à Constituição nº 16, de 2021: apensada PEC nº 175/2019. Altera o art. 12 da Constituição Federal para suprimir a perda da nacionalidade brasileira em razão da mera aquisição de outra nacionalidade, incluir a exceção para situações de apatridia e acrescentar a possibilidade de a pessoa requerer a perda da própria nacionalidade. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, 2021, p. 8. Disponível em: [https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=2071065&filename=Tramitacao-PEC%2016/2021%20\(Fase%201%20-%20CD\)](https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=2071065&filename=Tramitacao-PEC%2016/2021%20(Fase%201%20-%20CD)). Acesso em: 2 dez. 2024.
- BRASIL. Emenda Constitucional nº 131, de 2023. Altera o art. 12 da Constituição Federal para suprimir a perda da nacionalidade brasileira em razão da mera aquisição de outra nacionalidade, incluir a exceção para situações de apatridia e acrescentar a possibilidade de a pessoa requerer a perda da própria nacionalidade. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 13 jun. 2023. Seção 1, p. 1. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc/emc131.htm. Acesso em: 2 dez. 2024.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Extradução nº 1.462, Distrito Federal. Relator: Min. Roberto Barroso. Julgado 28.03.2017 Disponível em <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13108452>. Acesso em: 05 dez. 2024
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança nº 33.864, Primeira Turma. Relator: Min. Roberto Barroso. Brasília, Julgado em 19.03.2016. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=11685796>. Acesso em: 2 dez. 2024.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança nº 33.864, Primeira Turma. Relator: Min. Roberto Barroso. Brasília, Julgado em 19.03.2016. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=11685796>. Acesso em: 2 dez. 2024.
- BRASIL. Lei nº 13.445, de 24 de maio de 2017. Lei de Migração. Art. 64. Diário Oficial da União, Brasília, 24 maio 2017.

-
- CEIA, Eleonora Mesquita; FRAGA, Gabriela. A Emenda Constitucional 131, a dupla nacionalidade e os direitos humanos. JOTA, 2023. Disponível em: <https://www.jota.info/artigos/a-emenda-constitucional-131-a-dupla-nacionalidade-e-os-direitos-humanos>. Acesso em: 27 nov. 2024.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Curso de Direito Constitucional. 42. ed. São Paulo: Forense, 2022.
- GOMES, Orlando. Direitos Humanos e Nacionalidade no Século XXI.
- HUSEK, Carlos Roberto. Nacionalidade. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Direito Internacional. Cláudio Finkelstein, Clarisse Laupman Ferraz Lima (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017.
- LIMA, Adriano Gouveia; ALMEIDA, Fabio Saraiva Alves de. A proibição da prisão perpétua como direito e garantia fundamental e a sua análise como cláusula pétrea. *Âmbito Jurídico*, 2024. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/a-proibicao-da-prisao-perpetua-como-direito-e-garantia-fundamental-e-a-sua-analise-como-clausula-petrea/>. Acesso em: 2 dez. 2024.
- MELLO FILHO, José Celso. Constituição Federal Anotada. Editora Saraiva, 1984.
- MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 35. ed. São Paulo: Atlas, 2023.
- MORAES, Guilherme Peña de. Curso de Direito Constitucional. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2024.
- MOREIRA, Amanda Oliveira da Câmara; CADÓ, Rafaela Oliveira Reis. Análise do caso de extradição da brasileira nata Cláudia Cristina Sobral pelo STF. *Revista Direito e Liberdade*, v. 23, n. 1, jan./abr. 2021.
- ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Declaração Universal dos Direitos Humanos. 10 dez. 1948.
- RAMOS, André de Carvalho. O fim da polipatria proibida e a retroatividade da Emenda nº 131/23. *Consultor Jurídico*, São Paulo, 6 out. 2023. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2023-out-06/andre-carvalho-ramos-fim-polipatria-proibida/>. Acesso em: 2 dez. 2024.
- REZEK, Francisco. Direito Internacional Público. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2024.
- SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo.
- TAVARES, André Ramos. Curso de Direito Constitucional. 22ª ed. São Paulo: Saraiva, 2024.

European taxonomy and sustainable investment

BY PAOLO L. CARBONE

This paper aims to examine the European taxonomy, its origins, its objectives, and the current reference regulatory framework, highlighting the economic purposes and the advantages that investors and companies qualified as ‘sustainable’ activities could derive, but also the limits and critical issues related to the real application scope of Regulation (EU) 2020/852.

Summary: European taxonomy: origins. The 2030 Agenda. 2. - The European Union and climate neutrality. The framework of regulatory interventions. financial sustainability. 3. - The European taxonomy. The issuance of BTP Green. 4. - The Regulation (EU) 2020/852. 5. - Concluding remarks.

1_ EUROPEAN TAXONOMY: ORIGINS THE 2030 AGENDA

To fully understand what the European Taxonomy is and what it is for, and thus try to give a definition of it, it is necessary to take a step back and understand the context in which it is set.

In September 2015, the governments of the 193 member countries of the UN signed the so-called ‘2030 Agenda for Sustainable Development’: an action agenda for people, planet, and prosperity.

The ‘Agenda’ is divided into 17 Common Macro-Goals for Sustainable Development cd. SDG’s (Sustainable Development Goals), in turn defined and specified through a total of 169 targets or goals and more than 240 indicators.

The official launch of the Sustainable Development Goals coincided with the beginning of 2016, guiding the world on the road ahead over the next 15 years: countries, in fact, have committed to achieving them by 2030.

They are deemed ‘Common Goals’ insofar as they affect all countries and all individuals who populate our Planet Earth.

No one should be left out or left behind in the complex journey that must make our world a sustainable place.

The 17 Goals, depicted by colourful icons with immediate visual impact, cover the following themes:



- | | |
|--|---|
| 1_ the fight against poverty; | 10_ reduction of inequality; |
| 2_ the elimination of hunger; | 11_ sustainable cities and communities; |
| 3_ health and welfare of peoples; | 12_ responsible consumption and production; |
| 4_ quality education for all; | 13_ fighting climate change; |
| 5_ gender equality; | 14_ life underwater; |
| 6_ clean water and sanitation; | 15_ life on Earth; |
| 7_ clean and affordable energy; | 16_ peace, justice and sound institutions; |
| 8_ decent work and economic growth; | 17_ partnership for the goals. |
| 9_ enterprise innovation and infrastructure; | |

Through the 17 SDGs, an integrated vision of sustainable development is proposed, based on four pillars: economy, society, Environment, Institutions, and three fundamental principles: integration, universality, and participation.

In 2019, the reconnaissance one three years after the effective launch of the SDGs showed clear but not entirely comforting signs. It was found that despite the magnitude of the actions put in place, the change of direction toward sustainable development had moved at an insufficient speed and intensity, making it clear that the next decade would be decisive in marking the present and future of humanity and the planet.

In fact, examining the evolutionary trends of each SDG up to 2017 (excluding, however, the target 6 in the absence of data for a composite indicator), even retrieving historical data prior to the launch of the 2030 Agenda, from 2010, it was evident that only nine out of 17 Goals (3, 4, 5, 7, 8, 11, 12, 13 and 14) marked a clear improvement, while for five of them (1, 2, 9, 10 and 16) the situation remained almost

unchanged and even worsened in two cases (15 and 17).

However, taking only the sample from 2016, the year of the Agenda's inception, to 2017, the 2019 analysis reported improvements for about two-thirds of the cases (the ten Goals 1, 2, 3, 4, 5, 8, 10, 11, 14 and 16); stability is noted for the remaining Goals (7, 9, 12, 13 and 17), except for Goal 15 (life on Earth), which still manifests a worsening ⁽¹⁾.

Also, during 2019, in an international context that confirmed the strong difficulties of a multilateral approach to the many global problems: at the time there were growing trade tensions between the United States, China and the European Union itself; the difficult Brexit negotiations were being pursued; and the divergent positions among European countries on how to deal with migration, environmental and economic issues were significant. In this difficult context, the European Union has, however, operated in the global landscape by being a carrier of values in line with those of the 2030 Agenda, both at the UN and within other international organizations, consistent with the provisions of the Lisbon Treaty.

The following year in 2020 the global pandemic of Covid-19 ravages Europe and the world for more than two years.

If in 2021 the implementation of Agenda 2030 was reporting serious delays around the world in 2022, an additional element of global crisis was added: Russia's aggression against Ukraine ⁽²⁾. This revived geopolitical logics that one hoped were a legacy of the past, not only that.

The devastating human losses, the millions of refugees add up to very serious consequences for the balance of the world economy extended to the entire international community.

Seven years after the signing of the SDGs, significant steps backward must be recorded. Now in the middle of the ford, when time is beginning to run faster, it becomes increasingly necessary to multiply efforts to achieve a sustainable future while keeping the UN 2030 Agenda as a compass.

The topic of sustainability, however, cannot be properly declined without addressing that of financial sustainability through sustainable finance. The 2030

1 In this regard see the Istat SDG's Report 2019, statistical information for the 2030 Agenda in Italy, online can be read at https://www.istat.it/it/files/2019/04/SDGs_2019.pdf; as well as the Asvis (Italian Alliance for Sustainable Development) Report Italy and the Sustainable Development Goals, which can be read online <https://asvis.it/raiu-to-asvis-2019/>.

Asvis has published two further reports for the year 2021 and 2022. The latter can be read online: https://asvis.it/public/asvis2/files/Rappello_ASviS/Rappello_ASviS_2022/RappelloASviS2022.pdf.

2 2022, for sustainability policies in Italy began with good news. The fundamental principles of the Constitution were updated for the first time, with the reform of Article 9, introducing the protection of the environment, biodiversity, and ecosystems, also in the interests of future generations. Similarly, in the part of the Charter that concerns economic relations, the art. 41 the concept of environmental protection in carrying out public and private activities.

Agenda, in fact comes with the Addis Ababa Action Plan (3), which laid the foundation for financing sustainable development and aligning financial flows and policies with economic, social, and environmental priorities.

2_ THE EUROPEAN UNION AND CLIMATE NEUTRALITY. THE FRAMEWORK OF REGULATORY INTERVENTIONS

In the broad context of the 2030 Agenda and the Addis Ababa Action Plan, on the eve of the pandemic, the European Union, by deciding to be *carbon neutral* to 2050 ⁽⁴⁾, is imparting significant acceleration and initiating a path of policies and actions to financially support a sustainable, green, and digital transition of the economic system.

The Commission has made clear the rationale behind this commitment: the economy must reduce its environmental impact. This commitment, however, is not economically indifferent especially in the short term.

Estimates for a transition to a *low-carbon* economy, according to Brussels amount to about 180 billion euros per year ⁽⁵⁾. Unattainable only with public funds, according to the Commission itself. That is why the contribution of private capital proves necessary. Brussels has put its spotlight on the world of finance as a pivotal tool for directing capital flows to responsible business within the framework of sustainable economic development.

The realization that the European public financial system alone is incapable of achieving its goals, as well as centring the framework on private finance as well to create economies of scale and increase overall impacts, determines regulatory interventions that are synergistic with each other: tiles all of a single mosaic.

The starting act for these initiatives is the *Action plan on sustainable finance* (launched on March 8, 2018), which, incorporating most of the recommendations of the *High-Level Expert Group on Sustainable Finance*, outlines the measures the

3 The financial framework, all-encompassing and consistent with the achievement of the SDGs, was outlined with the Addis Ababa Action Plan. Signed in July 2015 by the 193 member countries of the United Nations during the Third International Conference on Financing for Development, the Plan identifies over one hundred concrete measures to address the economic, social, and environmental challenges that the world must face.

4 All 27 Member States have committed to making the EU the first climate-neutral continent by 2050. To achieve this goal, they have committed to reducing emissions by at least 55% by 2030 compared to 1990 levels.

5 Other sources including 'Il Sole 24 Ore' in an article from March 2022 refer to annual investment values of 520 billion. The article can be read online: https://www.ilsole24ore.com/art/la-tassonomia-europea-opportunita-la-finanza-sostenibile-AEluilMB?refresh_ce=1.

European Commission intended to take to guide the transition of the financial sector and the capital market toward a model of development that is sustainable, inclusive, and in line with international commitments. These measures identify the three pillars of European Sustainable Finance:

- 1_ the creation of a science-based classification system of sustainable activities (the so-called ‘Taxonomy’);
- 2_ the introduction of a mandatory disclosure regime for companies, both financial and non-financial, regarding their impact on the environment and society, as well as the sustainability-related operational and financial risks they face;
- 3_ the provision of a set of tools (such as benchmark indices, standards, norms and labels) aimed at supporting companies, financial market participants and intermediaries, in aligning their investment strategies with the Union’s environmental objectives.

To make the Action Plan efficient, as well as to support the Commission in implementing it, the Commission establishes the *Technical Expert Group on Sustainable Finance* (TEG): a group of 35 sustainable finance experts and more than 100 consultants.

The TEG is asked for an unambiguous definition of which economic activities- and which investments- can be defined as sustainable, since every ESG rating agency, every financial manager, every investment fund has a definition, applies its own criteria and methodology when selecting a portfolio of sustainable issuers. Here, then, is the need for an unambiguous and unified vision at the European level, a real selection of standards that ensure the sustainability of investments.

The TEG, therefore, conducts in-depth studies on four themes:

- 1_ the SRI taxonomy, i.e., a single classification system of economic activities that can be defined as ‘sustainable’ (with priority given to climate change mitigation and adaptation issues);
- 2_ improved guidelines on the reporting of climate change-related activities by banks, insurance companies and other large enterprises;
- 3_ common criteria for the construction of low-carbon and positive-carbon impact benchmarks, i.e., reliable benchmarks to reduce the risk of greenwashing and increase market transparency;
- 4_ the Green Bond Standard, a European quality certification for green bonds.

The TEG began its work in July 2018. Although the work was scheduled to be completed in June 2019, the final report on the 'EU taxonomy', the Taxonomy: Final report of the Technical Expert Group on Sustainable Finance, was published on March 9, 2020. It is a 67-page document of executive summary and 600 technical annexes to rank the main economic sectors (70), based on their ability to mitigate or adapt to climate change: Those that are already environmentally sustainable (low carbon), those that pollute, but cannot be done without, and are asked to do what they can to improve (transition to a zero-emissions economy, but cannot be called zero carbon at present), and those that are beneficial to the other two categories (enabling), thus enabling other activities to have low-carbon performance or significant emission reductions. For each there are strict criteria for verifying their actual sustainability.

In May 2018, the Commission also published the so-called. Sustainable Finance Package, an initial package of legislative proposals that includes:

- the proposal for what became the Sustainable Finance Disclosure Regulation (SFDR), i.e., the regulation of sustainability disclosure obligations on financial operators, adopted in November 2019 by EU Regulation No. 2019/2088;
- the proposal to amend the Benchmark Regulation (EU Regulation No. 2016/1011), with the provision of two new climate change-related benchmark indices, adopted in November 2019;
- the proposal for what became the Taxonomy Regulation, i.e., the general framework for the classification of sustainable economic activities, adopted on June 22, 2020, by EU Regulation No. 2020/852.

The mosaic framework is completed in the years to date with further interventions.

On December 11, 2019, the European Commission's Green Deal Mandate Program is approved, which aims to mobilize €1 trillion over 10 years.

On June 22, 2020, EU Regulation No. 2020/852 is approved, forming the Taxonomy Regulation for Sustainable Finance, and introducing the 'system of Single classification' to define economic activities Sustainable.

On July 22, 2020, Next Generation EU is approved, aiming to raise €750 billion in financial markets for post-Covid revitalization.

On March 10, 2021, European Regulation 2019/2088 (Sustainable Finance Disclosure Regulation SFDR), the first part of the European Sustainable Finance Plan, entered into force. The entry into force of the regulation makes it possible to standardize reporting requirements on financial products by all market participants, combating the worrying phenomenon of financial greenwashing (which transposes the

risk of greenwashing, i.e., the false presentation of an image of a company committed to the environment, to the level of investment products).

On April 21, 2021, a Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council amending Directive 2013/34/EU, Directive 2004/109/EC, Directive 2006/43/EC, and Regulation (EU) No. 537/2014 and introducing new legislation for more reliable and comparable reporting of non-financial corporate information is presented.

On Dec. 14, 2022, Directive (EU) 2022/2464 of the European Parliament and of the Council amending Regulation (EU) No. 537/2014, Directive 2004/109/EC, Directive 2006/43/EC, and Directive 2013/34/EU regarding corporate sustainability reporting is approved.



3_ THE EUROPEAN TAXONOMY THE ISSUANCE OF BTP GREEN

In the light of the relevant regulatory framework, the expression ‘European taxonomy’ refers to the classification, made on an EU basis, of economic activities that can boast the status of ‘sustainable’ activities. The purpose of the European taxonomy is to guide the choices of investors and businesses in view of the transition to economic growth free of negative environmental and climate consequences, as well as, as mentioned above, to prevent misleading or even false information from circulating in the market that can fuel the phenomenon of financial greenwashing.

The taxonomy, as it was indicated by the TEG at the time of publication of the draft regulation fulfils the role of *«a practical guide for policymakers, businesses and investors on how to invest in economic activities that contribute to having an economy that does not negatively impact the environment [...] however, it is not a mandatory list of economic activities in which to invest, nor is it a list of mandatory requirements for public investments, nor is it a list of mandatory environmental performance requirements for companies or financial products»*.

It is symptomatic that the same document also specifies, what Taxonomy is not:

- A mandatory investor list of economic activities in which to invest;
- A list of mandatory requirements for public investments;
- a list of mandatory environmental performance requirements for companies or financial products.

 THE TAXONOMY IS:	 THE TAXONOMY IS NOT:
<ul style="list-style-type: none"> ▪ a transparency tool based on a classification system translating the EU's climate and environmental objectives into criteria for specific economic activities for private investment purposes 	<ul style="list-style-type: none"> ▪ a mandatory list of economic activities for investors to invest in ▪ a mandatory requirement for public investment ▪ a mandatory requirement on environmental performance for companies or for financial products

Ultimately, the European taxonomy responds to the need to create from scratch a uniform language with which to refer to the sustainability of different production activities and is a counterbalance to the new regime of production activities and is a counterbalance to the new regime of corporate reporting that addresses the need to increase the availability of ESG information through enhanced disclosure requirements on companies, both financial and non-financial.

These criteria also answer practical questions such as what activities can aspire to be defined as environmentally sustainable? Under what conditions? Since they set out in detail the thresholds that must be met for any activity to be defined as environmentally sustainable.

Concomitantly, these two lines of action-identified in the 2018 Action plan on sustainable finance-contribute to achieving greater transparency in financial markets to enable investors to make more informed investment decisions based on more and more accurate information and anticipate what is envisaged in the third pillar of the Action plan, which intends to give concrete implementation to these decisions, enabling financial resources to be channelled toward activities that can achieve European environmental goals through the provision of appropriate instruments.

Among these initiatives undoubtedly can be noted the use of State Green Bonds, which on the basis of the Taxonomy has identified, thanks to the formation of an 'Interministerial Committee for the monitoring and publication of the information necessary for the purpose of issuing Green Bonds', among the activities carried out by the Public Administration and indicated in the State Budget in the four-year period 2018-2021 those susceptible to financing in the financial markets.

In adherence to the Green BTP Green Bond Framework (GBF) issued on February 25, 2021, six categories of use of such finance were identified by redistributing them into the following topics:

-
- 1_ Renewable sources for electricity and heat generation
 - 2_ Energy efficiency
 - 3_ Transportation
 - 4_ Pollution prevention and control and circular economy
 - 5_ Protection of the environment and biological diversity
 - 6_ Research ⁽⁶⁾

Referring to the expenditure allocations indicated in the budget chapters of the various ministries, the disbursements made for each year of the period under consideration were grouped by homogeneous purpose and framed within the six categories.

In March 2021, the Italian state entered the green bond market for the first time by launching the BTP Green 2045, of which two tranches were issued with a total nominal value of 13,500 million euros and a countervalue at issue prices of 13,265.13 million euros.

The first issuance achieved a record number of applications in the inaugural sovereign Green Bond issues in Europe with participation of about 530 investors, more than half of them ESG, for a total demand of more than 80 billion euros.

The interest from the market was also confirmed when the second tranche was reopened in October 2021, with the participation of about 350 investors, almost half of them ESG investors ⁽⁷⁾.

Several tranches of smaller amounts also started in 2022 and 2023, however, these also produced results of significant interest.

6 With reference to this specific sector, the expenditure items included in the Italian state budget were taken into consideration, on research characterized by a broad-spectrum evolution of knowledge and technologies, which are difficult to sustain by private entities that cultivate sectoral interests. A significant part of these research expenses concerns the study of environmental phenomena and problems and the identification of technologies and projects aimed at increasing sustainability in this area. Public research is often hinged in centers and institutes of a permanent nature and is carried out continuously over time, although there is no shortage of specific projects on which it may be directed from time to time. Thus, the related operating expenses generally allow for the regular development of this type of activity. The value of contributions on the state budget converted into Green Bonds amounts to about 1 billion 251 million for research.

The specific data are in the Allocation and Impact Report for BTP Green 2022 published by the Ministry of Economy and Finance (MEF) in May last year. The report can be read online: https://www.dt.mef.gov.it/export/sites/sitodt/modules/documenti_it/debito_pubblico/btp_green_post_emissioni/Rapporto-2022-Allocazione-e-Impatto-BTP-Green-13.05.2022.pdf, p. 31.

7 See, again, the official data given in the MEF Report op. cit., p. 3.

4_REGULATION (EU) 2020/852

From a strictly regulatory point of view, the main reference on taxonomy is Regulation (EU) 2020/852 of the European Parliament and of the Council of June 18, 2020, on the establishment of a framework to encourage sustainable investment and amending Regulation (EU) 2019/2088.

The Regulation first identifies the following environmental and climate objectives to which the Taxonomy should aspire:

- 1_ climate change mitigation;
- 2_ adaptation to climate change;
- 3_ sustainable use and protection of water and marine resources;
- 4_ transition to circular economy, with reference also to waste reduction and recycling;
- 5_ pollution prevention and control;
- 6_ protection of biodiversity and the health of eco-systems.

The establishment of these objectives is prodromal in view of the definition of eco-friendly activities. In fact, only activities that contribute positively to at least one of the six environmental objectives which do not produce negative impacts on any other objective (*Do No Significant Harm* DNSH); which are carried out in compliance with minimum social guarantees (e.g., those set out in OECD guidelines and UN documents).

It is then left to the European Commission to adopt a series of delegated acts to clarify the technical criteria under which economic activities can contribute to the environmental and climate objectives of the taxonomy.

With a view to greater *enforcement* of the framework, according to the regulation, companies subject to the Non-Financial Reporting Directive, institutional investors, and financial advisers will have to provide information on their activities and products according to the taxonomy within the following timeframe: from January 1, 2022 (with reference to the previous fiscal year, i.e., the year 2021) for activities that contribute to the goals of mitigation and adaptation to the climate change; from January 1, 2023 (for FY 2022) for activities contributing to the other four goals.

In a first step, in fact, by 2023 the taxonomy and technical criteria covered only the first two of the six environmental and climate objectives. It is specified in the Regulations what are «*the technical screening criteria under which specific economic activities can contribute substantially to climate change mitigation (climate change mitigation) and climate change adaptation (climate change adaptation) and to determine whether those*

economic activities cause significant harm to any other relevant environmental objective».

Regarding the scope of application, it is clarified in Article 1 that the Regulation is effective with respect to member state and Union measures that include requirements about the issuance of environmentally sustainable financial products, market participants sustainable financial products, market participants financial and non-financial reporting requirements.

Special attention is paid to environmental objectives.

In this regard, the cases in which an economic activity causes significant harm to climate change mitigation and adaptation and environmental resource use are expressly clarified:

- 1_ if the activity leads to significant greenhouse gas emissions;
- 2_ if the activity leads to a worsening of adverse effects of current climate and projected future climate on itself or people, nature or assets;
- 3_ if the activity harms the good status or good ecological potential of water bodies, including surface and groundwater.

Companies are required to adopt ‘minimum safeguards’, i.e., procedures that are in line with the OECD Guidelines for Multinational Enterprises and the United Nations Guiding Principles on Business and Human Rights, including the principles and rights set out in the eight core conventions identified in the International Labor Organization’s Declaration on Fundamental Principles and Rights at Work and the International Bill of Human Rights.

In implementing these procedures, enterprises abide by the «*Do No Significant Harm – DNSH*» principle.

The main advantage for companies is to have a legal framework to improve their business and make it sustainable. Companies have a set of goals to implement, allowing them to make far-reaching changes. In this way, they can clearly demonstrate their commitment to the environment.

In turn, companies can attract investors interested in sustainability. This allows them to raise capital from new and more diversified sources, helping them to improve their business and continue to grow.

In addition, companies improve their internal organization, thanks to the guidance of criteria used in the Taxonomy that simplify decision-making and planning, avoiding risks and seizing opportunities.

Also, of great impact is bound to be the platform on sustainable finance that has been established by the European Commission.

This platform is composed of representatives from the European Environment Agency, the European Supervisory Authorities - ESAs, the European Investment Bank; the European Union Agency for Fundamental Rights; experts representing relevant private sector stakeholders; experts representing civil society; experts appointed in a personal capacity with knowledge and proven experience in the areas covered by the regulation; and experts representing academia.

The platform is responsible for advising the Commission on the development, analysis, and impact of sustainability-relevant criteria and monitors application trends with a view to proposing changes to the existing Taxonomy mechanism.

In June 2021, the EU Taxonomy Compass was, in addition, published, which, as the name implies is intended to be a real ‘compass’ for approaching the Taxonomy, as it is a digital guide to facilitate access to the contents of delegated acts with the technical criteria of the Taxonomy of Sustainable Economic Activities.

However, the concrete scope of application of the Regulation is inextricably linked to the Commission’s implementation of a series of delegated acts to the identification of benchmarks. With this point of view, it should be noted that on July 6, 2021, the Commission issued the Supplementary Delegated Act to Article 8 of the Regulation, which specifies the content, methodology, and presentation of the information that financial and non-financial firms must report on the share of economic activities that are aligned with the EU Taxonomy.

Previously, in April 2021, the Commission approved the first delegated act on the climate aspects of the EU Taxonomy (Climate Delegated Act), adopted on June 4, 2021, which defines the technical criteria by which to identify economic activities that can make a substantial contribution to the first two objectives of the Green Taxonomy: climate change mitigation and climate change adaptation.

5_ CONCLUDING REMARKS

Turning to some concluding thoughts, the current regulations cover only 13 sectors and do not include some important industries, such as agriculture. For the excluded sectors, there are very few incentives for reporting under the regulatory framework and this limits the impact these regulations can have in the short term.

Then, in the European Commission’s long work to define sustainable finance, there is certainly room for improvement regarding environmental criteria, but most importantly, the Taxonomy will need to be expanded to include social criteria (one of the 3 key factors of ESG, *environmental, social, governance*).

It is not enough to specify that minimum safeguard thresholds in the social sphere will have to be met alignment with the OECD Guidelines for Business to the UN *Guiding Principles on Business and Human Rights*. Working on this aspect is the Platform for Sustainable Finance, which is working on drafting social criteria to be integrated with environmental criteria in the definition of sustainable activities.

A critical point of the Regulation is also the sanctioning apparatus, given that Article 22, to ensure compliance with the Regulation, refers to member states the adoption of rules on measures and sanctions, which should be effective, proportionate, and dissuasive.

The absence, at present, of a sanctioning system, certain and effective, risks in fact, both to configure an important obstacle to the achievement of the objectives of the taxonomy, and to create confusion in the single market due to the provision of different sanctions from country to country.

The next *steps* must therefore consist of the development of new criteria and delegated acts (in particular, the approval of the delegated act covering the remaining objectives is needed, with a view to having them enter into force before the end of the legislative term in 2024), on the one hand, and the identification of more stringent sanctioning measures, on the other. In fact, only through clarity of the regulatory framework and adequate sanction enforcement can a *green* and sustainable transition be concretely brought to life that it is free of settlement costs and bankruptcies.

Finally, some food for thought regarding the not always unambiguous agreement on technical criteria: the example of Gas and Nuclear are symptomatic.

In February 2022 at the time of the presentation of the second delegated act (which includes points 3 to 6 those not included in the first delegated act: the sustainable use and protection of water and marine resources; the transition to the circular economy, with reference also to waste reduction and recycling; pollution prevention and control; and the protection of biodiversity and the health of ecosystems) the issue of the highly contested definition decision for Gas and Nuclear came up. The proposal for months literally split the European Union in two, with rain of criticism coming from both the European Parliament and the Council, which brings together the member states.

At the end, however, at its session on July 6, 2022, the Parliament could not find a majority to approve the motion tabled to exclude these two sources from being included among the eco-sustainable economic activities, ultimately allowing the delegated act on the Commission's taxonomy to continue the *process* with the inclusion among the activities capable of being deemed sustainable by the taxonomy criteria these two cases.



**FUNDAÇÃO
ARMANDO
ALVARES
PENTEADO**