



# NOMOS

REVISTA DO PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO DA UFC

Solicita-se permuta  
Pídese canje  
On demande l' echange  
Si richiede la scambio  
We ask for exchange  
Wir bitten um Austausch.



# NOMOS

Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC

Fortaleza

2020

# NOMOS

**Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC**  
Volume 40.1 — Jan./jun. 2020

**Editora Chefe**

Denise Lucena Cavalcante

**Editora Sub-chefe**

Tarin Cristino Frota Mont'Alverne

**Conselho Editorial**

Ana Maria D'Ávila Lopes

Antônio José Avelãs Nunes

Carmen Lopez-Rendo Rodriguez

Denise Lucena Cavalcante

Elizabeth Salmón

Eros Grau

Eric Canal-Forgues

Federico Di Bernardi

Fernando Araújo

Fernando Facury Scaff

Francisco Queiroz Cavalcanti

Frédérique Coulée

Giovanni Luchetti

Giovanni Moschetti

Hugo de Brito Machado

Jefrey Owens

João Luís Nogueira Matias

Jorge Miranda

José Luís Caballero

Juarez Freitas

Júlia Motte-Baumvol

Luís M. Alonso Gonzáles

Paulo Bonavides

Tarin Cristino Frota Mont'Alverne

Willis Santiago Guerra Filho

Wolf Paul

Nomos. Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC.

V. 1-1978-Fortaleza, Edições Universidade Federal do Ceará, n. semestral. Órgão oficial do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará.

ISSN — 1807-3840

1 — Direito-periódico.

1 — Universidade Federal do Ceará. Faculdade de Direito. Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC.



## SOBRE OS AUTORES

Tácio Lacerda Gama

Sócio fundador do Lacerda Gama Advogados Associados. Doutor e Mestre em Direito Tributário pela PUC-SP. Professor dos cursos de Graduação, Especialização, Mestrado e Doutorado da PUC-SP e do Instituto Brasileiro de Estudos Tributários – IBET.

Guilherme Helfenberger Galino Cassi

Doutor e Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Especialista em Direito Civil e Empresarial pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Advogado e professor universitário.

Oksandro Osdival Gonçalves

Professor Titular na PUCPR. Pós-Doutor pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Doutor pela PUCSP. Mestre pela PUCPR.

Thiago Augusto Bueno

Procurador da República, Especialização em Curso em direito aplicado ao Ministério Público Federal pela Escola Superior do Ministério Público da União (2015).

Julio Cesar Aguiar

Bacharel em Direito e mestre em Filosofia pela Universidade Federal de Goiás. Doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina e PhD in Law pela University of Aberdeen, UK. Professor da Escola de Políticas Públicas e Governo da Fundação Getúlio Vargas em Brasília. Seus interesses acadêmicos atuais concentram-se nos seguintes temas: Teoria Monetária Moderna, Direito como Sistema de Práticas Culturais, Análise Comportamental do Direito, Análise Econômica do Direito, Direito como Sistema Complexo Evolutivo, Sociologia da Ciência do Direito, Filosofia do Direito, Hermenêutica e Argumentação Jurídica, Direito como Comportamento Verbal, Direito como Sistema Social Autopoiético, Sistemas Sociais, Pensamento Social de Niklas Luhmann, Lógica Informal.

Anderson Vichinkeski Teixeira

Doutor (2009) em Teoria e História do Direito pela Università degli Studi di Firenze, com período de estágio doutoral na Université Paris Descartes-Sorbonne (2007-2008). Estágio pós-doutoral (2010) junto ao Departamento 'Teoria e Storia del Diritto' da Università degli studi di Firenze. Mestre em Direito do Estado pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (2005). Graduado em Ciências Jurídicas e Sociais pela mesma Instituição (2003). Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito (Mestrado e Doutorado) da Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS). Advogado e consultor jurídico.

Francisco Soares Campelo Filho

Mestre em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (Rio Grande do Sul). Doutor em Direito e Políticas Públicas pela UNICEUB. Pós Doutorando em "New Technologies and Law" pela Università Mediterranea di Reggio Calabria (Reggio Calabria - Itália). Atualmente é Diretor Regional do SESC/AR/MG, Conselheiro do SEBRAE-PI, professor da Escola Superior da Magistratura- ESMEPI.

Antônio Glauter Teófilo da Rocha

Engenheiro civil pela UFC. Doutor e Mestre em Engenharia de Produção pela PUC/RIO. Doutorado Sanduíche e Especialização no Massachusetts Institute of Technology – MIT.

Marcos Cesar de Oliveira Pinto

Cientista da Computação formado na Universidade Estadual de Londrina e mestre em políticas públicas e desenvolvimento pelo IPEA - Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada.

Marcelo Dias Varella

Professor do Programa de Mestrado e Doutorado em Direito do UNICEUB. Doutor em Direito. Bolsista de Produtividade em Pesquisa do CNPq.

Izabella Ribeiro Xavier

Mestre em Direito pelo programa do UniCEUB. Advogada junto ao escritório Barroso Fontelles, Barcellos, Mendonça & Associados.

Lais Khaled Porto

Advogada. Doutoranda em Direito Constitucional pelo Instituto Brasiliense de Direito Público. IDP, na área de concentração Ordem Econômica e Social, Desenvolvimento e Inovação. Professora da Graduação do IDP. Pós-Graduada em Direito Tributário e Finanças Públicas e Mestra em Direito Constitucional.

Hadassah Laís de Sousa Santana

Doutora em Educação pela Universidade Católica de Brasília - UCB. Mestre em Direito Tributário pela Universidade Católica de Brasília (2014). Possui especialização em direito Tributário e Finanças Públicas pela Escola de Administração Fazendária - ESAF (2011). Assessora legislativa tributária em liderança na Câmara Federal. Professora no Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP. Professora convidada na graduação da Escola de Políticas Públicas e Governo da FGV (FGV/EPPG). Advogada.

Celso de Barros Correia Neto

Doutor em Direito Econômico, Financeiro e Tributário pela Universidade de São Paulo (2013) e graduado em Direito pela Universidade Federal de Alagoas (2007). Consultor Legislativo da Câmara dos Deputados e Advogado. Foi Assessor e Chefe de Gabinete de Ministro do Supremo Tribunal Federal. Professor do Instituto Brasiliense de Direito Público.

Paulo Márcio Cruz

Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (1995) e Doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (1999). Realizou estágio de pós-doutorado nas universidades de Perugia e Alicante e estágio sênior na Universidade de Alicante. É professor titular da Universidade do Vale do Itajaí, coordenador e

pesquisador do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica – cursos de mestrado e doutorado - da Universidade do Vale do Itajaí, professor convidado da Universidade de Alicante e da Universidade de Perugia. Professor visitante do Instituto Universitario del Agua y de las Ciencias Ambientales da Universidade de Alicante.

#### Márcio Ricardo Staffen

Doutor em Direito Público pela Università degli Studi di Perugia - Itália. Doutor e Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí - UNIVALI. Estágio de Pós-Doutorado em Direito junto à Università degli Studi di Perugia (Bolsa CAPES/PDE 88881.120155/2016.1). Possui Graduação em Direito pela Universidade do Vale do Itajaí - UNIVALI. Pesquisador do Conselho Nacional de Justiça (CNJ). Professor Permanente no Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica (Mestrado e Doutorado) - Universidade do Vale do Itajaí (Conceito CAPES 6). Professor Permanente do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito - IMED e Coordenador do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito (2014-2018). Visiting Researcher no Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law - Heidelberg (Alemanha). Doutor Honoris Causa pela Universidad Antonio Guillermo Urrelo (Peru).

#### Sergio Guerra

Visiting Researcher (Yale Law School). Doutor e Mestre em Direito. Pós-Doutorado em Administração Pública. Diretor e Professor Titular da Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas - RJ (Graduação, Mestrado e Doutorado). Embaixador no Brasil da Yale University. Editor da Revista de Direito Administrativo - RDA. Coordenador do Curso International Business Law (Universidade da Califórnia - Irvine).

#### Péricles Gonçalves Filho

Doutorando em Direito da Regulação pela Fundação Getúlio Vargas - FGV Direito Rio. Mestre em Direito da Regulação pela Fundação Getúlio Vargas - FGV Direito Rio "Visiting Scholar" na Universidade da Califórnia - Irvine Pesquisador do Centro de Pesquisa em Direito e Economia da FGV Direito Rio Sócio de Navega Advogados Associados.

#### Marcelo Campos Galuppo

Visiting Fellow da Escola de Direito da University of Baltimore (USA). Vice-presidente da Internationale Vereinigung for Rechts- und Sozialphilosophie - IVR (Associação Internacional de Filosofia do Direito e Filosofia Social - 2019-2023). Possui graduação em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (1990) e doutorado em Filosofia do Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (1998). Professor da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC Minas) e da Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG).

#### Fernando Caetano Rocha Jr

Mestre em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Graduado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.

Raquel Coelho de Freitas

Professora Associada da Universidade Federal do Ceará, Pesquisadora do Centro de Estudos Sociais da Universidade de Coimbra. Doutora em Direito Público pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ. Mestre em Direitos Humanos Internacionais pela *Harvard Law School*. Pesquisadora-visitante da *Harvard Law School* onde desenvolveu pesquisas sobre imigrantes ilegais e refugiados políticos. Estagiou no Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados em Genebra, Suíça.

Raquel Cavalcanti Ramos Machado

Mestra pela Universidade Federal do Ceará. Doutora pela Universidade de São Paulo. Professora de Direito Eleitoral da UFC, de cujo Departamento de Direito Público é atualmente a Chefe. Visiting Scholar da *Wirtschaftsuniversität*, Viena, Áustria.

Lara Gurgel do Amaral Duarte Vieira

Mestranda em Ordem Jurídica Constitucional pela Universidade Federal do Ceará. MBA em Direito Tributário pela Fundação Getúlio Vargas. Graduada pela Universidade de Fortaleza. Advogada.

Jeferson Teodorovicz

Professor Permanente do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* (Mestrado Acadêmico) em Direito da Universidade Católica de Brasília - UCB-DF. Conselheiro Titular do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais - CARF.



## SOBRE OS AUTORES – DOUTRINA ESTRANGEIRA

María Pilar Navarro Schiappacasse

Doctora en Derecho por la Universidad de Barcelona. Académica de la Universidad de O'Higgins.

Gustavo Fernandes Meireles

Doctorant en Droit public à l'Université Paris-Saclay (École doctorale SHS) sous la direction de Mme la Professeure Frédérique COULÉE. A.T.E.R. à la Faculté Jean Monnet. Membre de l'Institut d'études de droit public (IEDP) de la Faculté Jean Monnet. Courriel.

Carmen Plaza Martin

Letrada del Tribunal Constitucional Profesora Titular Derecho Administrativo y de la Unión Europea, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de Toledo, Universidad de Castilla-La Mancha.





## SUMÁRIO

DEFINIÇÃO DE TRIBUTO E A COMPETÊNCIA PARA CELEBRAR TRATADOS PARA EVITAR DUPLA TRIBUTAÇÃO INTERNACIONAL NO DIREITO BRASILEIRO <i>Tácio Lacerda Gama</i> .....	15
EMENDA CONSTITUCIONAL 95/2016: PROPÓSITO E CONSEQUÊNCIAS DO NOVO REGIME FISCAL <i>Guilherme Helfenberger Galino Cassi, Oksandro Osdival Gonçalves</i> .....	35
ANÁLISE MONETÁRIA DO <i>BITCOIN</i> <i>Thiago Augusto Bueno, Julio Cesar Aguiar</i> .....	59
A IMPORTÂNCIA DA FUNÇÃO REGULATÓRIA DA ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO EM UM CONTEXTO DE CRISE ECONÔMICA MUNDIAL, DESGLOBALIZAÇÃO E PROTECIONISMO DO EUA <i>Anderson Vichinkeski Teixeira, Francisco Soares Campelo Filho</i> .....	75
RASTREAMENTO DE CONTATOS COMO FERRAMENTA DE COMBATE À TRANSMISSÃO DO SARS-COV-2: <i>BENCHMARK</i> INTERNACIONAL, SOLUÇÕES TECNOLÓGICAS E CONSIDERAÇÕES ÉTICAS <i>Antônio Glauter Teófilo da Rocha, Marcos Cesar de Oliveira Pinto, Marcelo Dias Varella, Izabella Ribeiro Xavier</i> .....	99
A LEI KANDIR E A DESONERAÇÃO DAS EXPORTAÇÕES: ANÁLISE DA ADO 25 <i>Lais Khaled Porto, Hadassah Laís de Sousa Santana, Celso de Barros Correia Neto</i> .....	123
NEOKEYNESIANISMO, NEOINTERVENCIONISMO E ULTRALIBERALISMO: IMPACTOS DA COVID-19 NO DIREITO NACIONAL <i>Paulo Márcio Cruz, Márcio Ricardo Staffen</i> .....	139
INTEGRAÇÃO METROPOLITANA, SANEAMENTO BÁSICO E GOVERNANÇA INTERFEDERATIVA <i>Sergio Guerra, Péricles Gonçalves Filho</i> .....	155
A CENSURA E O PRINCÍPIO DA NEUTRALIDADE DE CONTEÚDO: LIBERDADE DE EXPRESSÃO E DEMOCRACIA <i>Marcelo Campos Galuppo, Fernando Caetano Rocha Jr</i> .....	179
A INDIGNAÇÃO POLÍTICA E A INDIGNAÇÃO EPISTÊMICA: CONVERGÊNCIAS E DIFERENÇAS <i>Raquel Coelho de Freitas</i> .....	203
A TEORIA DA CEGUEIRA DELIBERADA COMO PROVA INDIRETA EM MATÉRIA TRIBUTÁRIA <i>Raquel Cavalcanti Ramos Machado, Lara Gurgel do Amaral Duarte Vieira</i> .....	223
ECONOMIA SOLIDÁRIA, POLÍTICAS PÚBLICAS DE MICROCRÉDITOS E DIREITOS FUNDAMENTAIS NO BRASIL: DESAFIOS E PERSPECTIVAS <i>Jeferson Teodorovicz</i> .....	241
<b>DOCTRINA ESTRANGEIRA</b>	
ANÁLISIS CRÍTICO DE LA REGULACIÓN DE SIMULACIÓN EN EL DERECHO TRIBUTARIO CHILENO TRAS LA LEY N° 20.780: CORRECTA DETERMINACIÓN DE LA OBLIGACIÓN TRIBUTARIA Y ASPECTOS SANCIONATORIOS <i>María Pilar Navarro Schiappacasse</i> .....	267
CONSERVER POUR ASSURER L'ACCES : GESTION HYDRIQUE ET CONSERVATION DES RESSOURCES EN EAU AU BRESIL <i>Gustavo Fernandes Meireles</i> .....	285
LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA DEL DERECHO DE PARTICIPACIÓN PÚBLICA: LA CONTRIBUCIÓN DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA <i>Carmen Plaza Martin</i> .....	307





---

## DOUTRINA NACIONAL

---





## DEFINIÇÃO DE TRIBUTO E A COMPETÊNCIA PARA CELEBRAR TRATADOS PARA EVITAR DUPLA TRIBUTAÇÃO INTERNACIONAL NO DIREITO BRASILEIRO

*Tácio Lacerda Gama<sup>1</sup>*

### RESUMO

A definição do conceito de tributo pela legislação tributária brasileira é relevante para a aplicação de normas veiculadas por tratados internacionais dos quais o Brasil seja signatário. Em especial, para promover a eliminação da dupla tributação e da dupla não tributação internacional no direito brasileiro. Este artigo propõe-se a abordar as relações entre a definição do direito interno e a aplicação de tratados internacionais. Será questionada a existência de eventuais inadequações entre a definição legal e as normas firmadas por meio de tratados dos quais o Brasil é signatário, e, havendo, serão identificados os critérios para resolução de antinomias entre a definição interna de tributo e as normas internacionais. A metodologia a ser utilizada será a de análise dos fundamentos normativos dos critérios apresentados (legislação e tratados internacionais), identificação de eventuais antinomias entre essas normas e, neste último caso, dos critérios normativos para resolução dessas antinomias. Eventuais controvérsias relativas a esse processo serão abordadas também do ponto de vista pragmático, identificando-se soluções dadas pela jurisprudência administrativa e judicial a cada uma delas. A abordagem seguirá a seguinte ordem: na primeira parte, será apresentada a noção interna de tributo e a possibilidade de sua aplicação subsidiária aos tratados internacionais. A relação da definição com as disposições normativas dos tratados internacionais mais relevantes sobre o tema, de que é signatário o Brasil, será trazida de modo a ser confrontada com essas noções. Na segunda parte do estudo, será abordada a importância da noção de tributo para a eliminação da dupla incidência tributária internacional, considerando-se o critério de residência tributária, o método para evitar dupla tributação internacional e a não-discriminação entre residentes e não residentes como preceito normativo. Na parte final, a definição do conceito de tributo será relacionada com a aplicação de normas que evitam a dupla não tributação. O estudo possibilitará verificar os principais problemas relativos à aplicação da legislação tributária com relação a fatos econômicos em que pode haver a incidência de normas internacionais, bem como as possíveis soluções para as controvérsias apresentadas. A fundamentação levará em conta uma perspectiva original, que se vale da definição do conceito de tributo nos direitos brasileiro e internacional como ponto de partida de uma melhor compreensão dos temas da dupla tributação e dupla não tributação internacional.

---

<sup>1</sup> Sócio fundador do Lacerda Gama Advogados Associados. Doutor e Mestre em Direito Tributário pela PUC-SP. Professor dos cursos de Graduação, Especialização, Mestrado e Doutorado da PUC-SP e do Instituto Brasileiro de Estudos Tributários – IBET.

**PALAVRAS-CHAVE: Tributo. Competência. Tratados.**

**ABSTRACT**

The definition of tax by the Brazilian tax legislation is relevant to the application of rules conveyed by international treaties to which Brazil is a signatory. In particular, to promote the elimination of double taxation and international double non-taxation in Brazilian law. This article aims to address the relationship between the definition of domestic law and the application of international treaties. The existence of possible inadequacies between the legal definition and the rules signed through treaties to which Brazil is a signatory will be questioned, and the criteria for resolving antinomies between the internal definition of tax and international rules will be identified. The methodology to be used will be to analyze the normative foundations of the criteria presented (legislation and international treaties), identify possible antinomies between these norms and, in the latter case, the normative criteria for resolving these antinomies. Any controversies related to this process will also be addressed from a pragmatic point of view, identifying solutions given by administrative and judicial jurisprudence to each of them. The study will make it possible to verify the main problems related to the application of the tax legislation in relation to economic facts in which the incidence of international norms may occur, as well as the possible solutions to the controversies presented. The rationale will take into account an original perspective, which uses the definition of the concept of taxation in Brazilian and international rights as a starting point for a better understanding of the themes of double taxation and international double non-taxation.

**KEYWORDS: Tax. Jurisdiction. Treaties.**

Parte I – Introdução - A noção de tributo

A adequada compreensão das respostas que serão formuladas adiante, com suas razões, justificativas e consequências, pressupõe uma breve noção da forma de organização do Estado Brasileiro e do seu Sistema Tributário Nacional<sup>2</sup>. Sem esta exposição, as respostas podem ser formuladas, mas de forma superficial e sujeita a toda sorte de equívocos. Cuidaremos, porém, de fazer os tais esclarecimentos de forma pontual, apenas no que for imprescindível à compreensão de algumas das opções feitas pelo Brasil no que diz respeito à aplicação do artigo 2º dos tratados assinados para evitar dupla tributação<sup>3</sup>.

O primeiro dado relevante é que o Brasil se organiza politicamente como uma Federação composta por um ente nacional chamado União, 27 entes subnacionais chamados de Estados, um Distrito Federal e mais de mais de 5500 municípios. Todos os entes integram a Federação brasileira e podem instituir tributos. A outorga e delimitação do Poder de Tributar de cada uma destas entidades é dada pela própria Constituição da República. Ao longo dos artigos 145 ao 156 e do artigo 195, é possível identificar atribuição de competências tributárias e, também, de princípios e imunidades que prescrevem um código de defesa para os contribuintes.

É, também, na Constituição da República que se encontra determinação no sentido de que uma lei nacional deverá dispor, de forma vinculante para todos os entes federativos, sobre o seguinte: i) tributo e suas espécies; ii) formas de interpretação, positividade, suspensão e extinção do crédito tributário; iii) validade, vigência e eficácia

<sup>2</sup> Agradeço a Helena Trentini e Eduardo Monteiro Cardoso pelas pesquisas, debates e revisão das ideias desenvolvidas neste trabalho.

<sup>3</sup> Considerado o modelo da OCDE.

dos tratados internacionais e sua hierarquia junto às demais normas internas; iv) quais são os veículos normativos que podem estabelecer novos direitos e deveres para o contribuinte brasileiro. Esta lei existe desde 1966 e é chamada de Código Tributário Nacional que trata de forma analítica todos os itens acima, além de prescrever as linhas gerais do imposto sobre a renda e demais tributos que gravam o patrimônio mobiliário, imobiliário urbano, imobiliário rural entre outros.

No Brasil, a aplicação dos tratados é feita pela Secretaria da Receita Federal, que edita atos declaratórios interpretativos, soluções de consulta e atos de uniformização de entendimentos. Quando há conflito entre a posição da Receita e a dos contribuintes, pode ser gerado contencioso administrativo. Caso o julgamento seja contrário ao contribuinte, admite-se abertura de processo judicial. Como o tema tributário é constitucional, todo processo tributário, possivelmente, pode chegar ao Supremo Tribunal Federal.

Além deste fato, merece destaque o fato de que a tributação no Brasil sofreu intensa transformação desde a publicação da Constituição da República de 1988. Atualmente, as contribuições especiais e não os impostos representam a principal fonte de receita do Estado. A despeito de impostos e contribuições serem tributos semelhantes quanto ao fato gerador e a base de cálculo, o valor arrecadado pelas contribuições é vinculado a fundo órgão ou despesa e, diferente do que acontece com os impostos, não integra o orçamento geral, mas sim um orçamento próprio. Por isso, qualquer interpretação de tratado feita pelo governo brasileiro que não inclua as contribuições está colocando fora do alcance dos tratados tributos que correspondem à mais de 52% da totalidade de tributos arrecadados no país.

Outro ponto relevante, o Brasil não é membro da OCDE. Mesmo assim, apresentou uma série de observações e ressalvas ao modelo OCDE. No que se refere objetivamente ao artigo 2o, o Brasil expressamente declara que: i) interpreta a palavra tax como “imposto” que é espécie e não gênero como o termo “tributo” que alcança, além dos impostos, as taxas e contribuições especiais; ii) que, partindo da sua definição constitucional de renda, compreende “imposto sobre a renda” como expressão que significa apenas o “imposto federal sobre a renda”, excluindo assim as contribuições sociais que incidem de forma idêntica sobre o resultado das empresas e que, iii) não há imposto sobre o capital no sistema brasileiro.

Estes elementos que acabamos de apresentar explicam a posição adotada pelo Brasil na aplicação de tratados para evitar a dupla tributação.

## Parte I - Capítulo 1. A noção de tributo segundo o direito interno

De acordo com o artigo 146, inc. III, alínea “a” da Constituição Federal, cabe à lei complementar estabelecer normas gerais sobre legislação tributária, especialmente sobre a definição de “tributo” e de suas espécies. Desse modo, compete à lei complementar, expedida pelo ente central da federação, estabelecer disciplina uniforme nessa matéria.

Esse diploma normativo é o Código Tributário Nacional (Lei n. 5.172/66), que em seu artigo 3º imputa ao termo “tributo” a seguinte definição: “toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que não constitua sanção

de ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada”. De acordo a definição adotada pelo Brasil, os critérios adotados, mediante classificação denotativa, para tratar-se ou não de tributo são os seguintes: (i) pagamento em pecúnia; (ii) compulsoriedade do pagamento; (iii) não constituir sanção de ato ilícito; (iv) ser instituído legalmente; e (v) cobrado através de atividade plenamente vinculada por parte da administração. A prestação destituída de qualquer uma dessas características não poderá ser qualificada como tributo, não estando, conseqüentemente, abarcada pelos tratados para evitar a dupla tributação.

No Brasil, o termo “tributo” é utilizado como gênero que se desdobra em cinco espécies: (i) impostos; (ii) taxas; (iii) contribuições de melhoria; (iv) empréstimos compulsórios e (v) contribuições especiais<sup>4</sup>. Essa última espécie, por sua vez, se desdobra em (v.1) contribuições sociais; (v.2) contribuições de intervenção no domínio econômico; e (v.3) contribuições de interesse das categorias profissionais e econômicas.

Na legislação interna brasileira também existe menção aos impostos cobrados no exterior. Através de mecanismos unilaterais para eliminação da dupla tributação internacional, a legislação sobre o imposto sobre a renda prevê a dedução do imposto pago no exterior, obedecidas as condições estipuladas.

Para as pessoas físicas residentes ou domiciliadas no Brasil que declarem rendimentos provenientes de fontes estrangeiras, o artigo 5º da Lei n. 4.862/65 estabelece a dedução do imposto pago no exterior, desde que haja reciprocidade de tratamento. Já o artigo 103 do Decreto n. 3.000/99 acresce outra possibilidade de dedução. De acordo com esse dispositivo, a compensação também é cabível quando há previsão em acordo ou convenção internacional firmado com o país da fonte, desde que o valor pago não tenha sido restituído ou compensado naquele país.

Para as pessoas jurídicas, há previsão no artigo 26 da Lei n. 9.249/95, segundo o qual pode ser compensado o imposto sobre a renda incidente no exterior sobre lucros, rendimentos e ganhos de capital que compõem a base de cálculo do imposto sobre a renda devido no Brasil. Regulamentando esse dispositivo, artigo 103 do Decreto n. 3.000/99 prevê o seguinte:

Art. 395. A pessoa jurídica poderá compensar o imposto de renda incidente, no exterior, sobre os lucros, rendimentos, ganhos de capital e receitas decorrentes da prestação de serviços efetuada diretamente, computados no lucro real, até o limite do imposto de renda incidente, no Brasil, sobre os referidos lucros, rendimentos, ganhos de capital e receitas de prestação de serviços (Lei n. 9.249, de 1995, artigo 26, e Lei n. 9.430, de 1996, artigo 15).

Complementando essas determinações, o artigo 344 do Decreto n. 3.000/99 possibilita a dedução dos tributos e das contribuições da base de cálculo<sup>5</sup> do imposto sobre a renda devido. A aplicação desses dispositivos é consolidada pelo atual Conselho

<sup>4</sup> Não obstante a existência de respeitáveis vozes divergentes na doutrina brasileira, essa é a posição adotada pelo Supremo Tribunal Federal, v.g. RE 138.284/CE, Rel. Min. Carlos Velloso, DJ 28.08.1992.

<sup>5</sup> É importante destacar que o imposto sobre a renda da pessoa jurídica no Brasil tem três bases de cálculo possíveis. De acordo com o artigo 44 do Código Tributário Nacional, são elas o lucro real, o lucro arbitrado e o lucro presumido. A dedução efetuada através dessas medidas unilaterais se aplica apenas no caso da incidência realizada através do lucro real.

Administrativo de Recursos Fiscais (CARF), órgão administrativo responsável pela resolução dos conflitos em matéria tributária:

“IRPF — IMPOSTO PAGO NO EXTERIOR — COMPENSAÇÃO — O imposto pago no exterior é compensável com o devido no Brasil quando há previsão em tratado internacional ou prova da reciprocidade de tratamento. Em caso de restituição parcial do imposto pago no exterior admite-se a proporcionalização do imposto efetivamente pago, informado em declaração ou outro documento apresentado à administração fiscal estrangeira, pelos meses em que o contribuinte esteve sujeito a tributação no Brasil. Recurso parcialmente provido.” (CARF, Acórdão n. 3402-00144, Rel. Gustavo Lian Haddad, Data da Sessão 03.06.2009).

Em suma, a política adotada pelo Brasil envolve a restrição da aplicação dos tratados ao imposto sobre a renda, mas, no que diz respeito a esse imposto, ainda diante de inexistência de tratado, o Brasil adota a reciprocidade de tratamento tributário, desde que o contribuinte prove o pagamento do tributo e a reciprocidade do tratamento.

#### Parte I – Capítulo 2. Tributos alcançados pelos diversos artigos do tratado

A definição de tributo existente no sistema jurídico brasileiro é relevante para a aplicação dos tratados firmados para evitar a dupla tributação. O fato de determinada prestação ser enquadrada nessa definição constitui pressuposto de aplicação dos instrumentos bilaterais firmados pelo Brasil. Como exemplo disso, foi emitida a Solução de Consulta COSIT n. 128/2015, que dispõe:

O rendimento auferido a título de indenização por dano moral, ainda que pago por fonte situada no exterior, não sofre incidência do Imposto sobre a Renda e Proventos de Qualquer Natureza da Pessoa Física, conforme disposto nas Soluções de Consulta Cosit nº 98, de 3 de abril de 2014, e nº 313, de 7 de novembro de 2014.

O Brasil, conforme se percebe a partir de diversos atos normativos internos, bem como de suas reservas ao Modelo da OCDE, opta por uma aplicação restritiva dos tratados. Com relação ao artigo 2(1) da Convenção Modelo da OCDE,<sup>6</sup> o Brasil fez reserva específica com relação à parte que prevê a aplicação para os tributos de subdivisões políticas ou autoridades locais:

*2. Brazil reserves its position on that part of paragraph 1 which states that the Convention should apply to taxes of political subdivisions or local authorities, as well as on the final part of the paragraph which reads “irrespective of the manner in which they are levied. (Non-OECD Economies’ Position on the OECD Model Tax Convention, p. 451).*

Destaque-se que o Brasil fundamentou sua decisão de não adotar esse artigo 2(1) da Convenção Modelo numa suposta ausência de tributo sobre o patrimônio. Embora

---

<sup>6</sup> “1. This Convention shall apply to taxes on income and on capital imposed on behalf of a Contracting State or of its political subdivisions or local authorities, irrespective of the manner in which they are levied.”

tal afirmação seja infirmada por impostos como o IPTU e o IPVA<sup>78</sup> esse dispositivo não foi incluído nos tratados, motivo pelo qual não estão abarcados quaisquer tributos que gravem manifestações patrimoniais.

Além disso, o Brasil também realizou reserva com relação ao artigo 2(2) da Convenção Modelo da OCDE, que traz a definição dos conceitos de tributos sobre a renda ou sobre o capital:

6. Brazil wishes to use, in its conventions, a definition of income tax that is in accordance with its constitutional legislation. Accordingly, it reserves the right not to include paragraph 2 in its conventions. (Non-OECD Economies' Positions on the OECD Model Tax Convention, p. 452).

Atualmente, o Brasil possui trinta e dois tratados para evitar a dupla tributação internacional em vigor. Desses, vinte e nove estabelecem no artigo 2(1) a aplicação do tratado apenas com relação ao imposto federal sobre a renda. Essa categoria, conforme visto na reserva acima, deve ser interpretada de acordo com o conceito constitucional previsto no sistema jurídico brasileiro, que se encontra estipulado no artigo 43 do Código Tributário Nacional:

Art. 43. O imposto, de competência da União, sobre a renda e proventos de qualquer natureza tem como fato gerador a aquisição da disponibilidade econômica ou jurídica:

I - de renda, assim entendido o produto do capital, do trabalho ou da combinação de ambos;

II - de proventos de qualquer natureza, assim entendidos os acréscimos patrimoniais não compreendidos no inciso anterior.

Deste modo, em função da existência de previsão exclusiva e de acordo com a interpretação restritiva do Brasil com relação aos tratados, somente está abarcado nesses o imposto federal sobre a renda. Não estão abrangidos pelo âmbito de aplicação dos tratados os tributos que, embora tenham fato gerador semelhante – incidindo sobre renda, patrimônio ou parte desses –, são cobrados por entidades subnacionais ou sejam vinculados a fundo, órgão ou despesas específicas. No primeiro grupo estão, por exemplo, os impostos municipais sobre serviços e sobre transmissão de bens imóveis e o imposto estadual sobre doações e heranças, que, embora sejam tributos incidentes sobre a renda e sobre o patrimônio, não estão abrangidos pela aplicação do tratado, tendo em vista que sua criação e arrecadação é de responsabilidade de entes subnacionais.

Essa interpretação restritiva também causa a não aplicação dos tratados às contribuições previdenciárias, de competência da União. Mesmo existindo fato gerador semelhante, como no caso da contribuição social sobre o lucro líquido (CSLL)<sup>9</sup> e das contribuições ao Programa de Integração Social (PIS) e para o Financiamento da Seguridade Social (COFINS),<sup>10</sup> o Brasil não reconhece a aplicação dos tratados. Sobre as

<sup>7</sup> Incidentes, respectivamente, sobre a *propriedade territorial urbana* e a *propriedade de veículo automotor*.

<sup>8</sup> Existem no Brasil tributos incidentes sobre a propriedade urbana e rural, propriedade de veículos automotores e transmissão de propriedade.

<sup>9</sup> A contribuição social sobre o lucro (CSL) foi criada pela Lei n. 7.689/88. Esse tributo, que é espécie de contribuição especial, tem como base de cálculo o valor do resultado do exercício, antes da provisão para o imposto sobre a renda (artigo 2º) e tem como destino específico o financiamento da seguridade social.

<sup>10</sup> As contribuições ao PIS e a COFINS, embora incidam sobre faturamento da pessoa jurídica (artigo 3º, alínea "b" da Lei Complementar n. 7/70 e artigo 2º da Lei Complementar n. 70/91), destinam-se,

contribuições previdenciárias, foi expedida a Solução de Consulta COSIT n. 1, de 02 de janeiro de 2013:

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

EMENTA: As contribuições previdenciárias não estão alcançadas pelas disposições dos acordos para evitar a dupla tributação sobre a renda nem pelos acordos que dispõem sobre a isenção de impostos aplicáveis às companhias estrangeiras de navegação marítima e aérea, com base em reciprocidade de tratamento, salvo nas hipóteses em que houver acordos internacionais celebrados pelo Brasil que estabeleçam expressamente:

- a) isenção de contribuições previdenciárias, com base em reciprocidade de tratamento, ou
- b) isenção de quaisquer ônus tributário incidente sobre operações de transporte internacional de cargas ou passageiros, com base em reciprocidade de tratamento.”

Além disso, houve decisão do Tribunal Regional Federal da 2ª Região, no denominado caso “Air France”, sustentando a não aplicação do tratado entre Brasil e França à Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social (COFINS). Naquela oportunidade, sustentou o órgão jurisdicional, principalmente, não se tratar de tributo idêntico ou substancialmente semelhante, vez que incide sobre o faturamento e não sobre a renda:

DIREITO TRIBUTÁRIO. TRATADO DE RECIPROCIDADE ENTRE ESTADOS ESTRANGEIROS. BITRIBUTAÇÃO. COFINS. ISENÇÃO. DESCABIMENTO.

I) A Convenção celebrada entre Brasil e França, promulgada pelo Decreto nº 70.506/72, tem o escopo de evitar a tributação em matéria de imposto sobre o rendimento, no que se refere à partida a que se obrigou o nosso País, à luz do princípio da reciprocidade. II) Não se confunde renda com faturamento mensal. Desse modo, o tratamento ao imposto de renda e seus objetivos não podem ser considerados os mesmos das contribuições sociais, ou seja, não se pode admitir que a COFINS seja substancialmente semelhante ao imposto de renda. III) Inaplicabilidade de interpretação extensiva ou analógica para ampliar a isenção. Interpretação restritiva, com observância das circunstâncias que foram estudadas e levadas em conta para a celebração do acordo. [...] (ADI-MC 1480/DF). (Tribunal Regional Federal da 2ª Região, Apelação n. 1998.51.01.023848-8, Rel. Des. Luiz Antonio Soares, publicado em 29.08.2006).

Com relação à contribuição social sobre o lucro líquido (CSLL), os tratados firmados pelo Brasil com Portugal, Bélgica e Trinidad e Tobago são exceção aos demais. Nesses há previsão expressa, nos Protocolos Adicionais, acerca da inclusão desse tributo no âmbito do art. 2(1). Nos casos em que não há essa determinação, o entendimento administrativo e judicial é pela não aplicação dos tratados:

TRATADO BRASIL-ARGENTINA PARA EVITAR A DUPLA TRIBUTAÇÃO. A contribuição social sobre o lucro, apesar de guardar semelhança com o imposto de renda, possui base de cálculo própria, bem como destinação distinta,

---

especificamente, ao financiamento (i) do Programa de Integração Social; e (ii) da Seguridade Social. Assim, não são considerados impostos, mas sim contribuições.

e não se encontra abrangida pela Convenção Brasil-Argentina. Recurso de ofício negado e recurso voluntário provido em parte. (CARF, Processo nº 10880.729239/2011-11, Acórdão 1102-001.247, Rel. Cons. João Otávio Oppermann Thomé, Data da Publicação: 11.12.2014).

A inclusão da CSLL no âmbito de incidência dos tratados já foi, também, objeto de manifestação administrativa. Nesse caso, além da distinção, foi utilizado o argumento temporal, vez que o art. 2(2) dos tratados assinados pelo Brasil<sup>11</sup> se refere à aplicação aos tributos idênticos ou similares que entrem em vigor *após a assinatura da respectiva Convenção*:

ASSUNTO: Contribuição Social sobre o Lucro Líquido - CSLL

EMENTA: INVESTIMENTO NO EXTERIOR – Dinamarca. O disposto na Convenção firmada entre o Brasil e a Dinamarca (promulgada pelo Decreto nº 75.106, de 1974) para evitar a dupla tributação e prevenir a evasão fiscal em matéria de impostos sobre a renda, não se aplica à Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL), por ter sido instituída posteriormente (Lei nº 7.689, de 15 de dezembro de 1988) e não se enquadrar no parágrafo 2 do Artigo 2 da referida convenção. Diante disso, a importância recebida a título de juros pela aquisição de títulos emitidos pela KommuneKredit (Associação de Crédito de Municípios e Regiões da Dinamarca), computada na apuração do lucro líquido, não deverá ser excluída para efeito de determinação de sua base de cálculo, podendo, entretanto, compensar com a CSLL devida em virtude da adição, à sua base de cálculo, dos rendimentos oriundos do exterior, o imposto de renda pago no exterior, até o valor devido em decorrência dessa adição. (Solução de Consulta n. 23, de 14 de janeiro de 2008).

Deste modo, percebemos que, não obstante existam tributos similares ao imposto federal sobre a renda, o Brasil adota posição restritiva com relação a aplicação dos tratados.

Esse posicionamento é criticado pela doutrina brasileira, que defende a aplicação dos tratados à CSLL. Sergio André Rocha, por exemplo, argumenta que os tratados são aplicáveis a essa contribuição, pois é substancialmente idêntica ao imposto sobre a renda, possuindo fato gerador e base de cálculo semelhantes. Isso desde que o tratado tenha sido firmado antes da entrada em vigor desse tributo, instituído pela Lei n. 7.689/1988.<sup>12</sup>

Embora o posicionamento das autoridades administrativas seja claro, existem atualmente inúmeras discussões entre contribuintes e administração fazendária a respeito do que seja tributo idêntico ou semelhante e a inclusão desse no âmbito de proteção do tratado.

Dentre essas discussões, podemos destacar a relativa à aplicação ou não dos tratados à contribuição de intervenção no domínio econômico instituída pelo Brasil e incidente sobre os pagamentos remetidos ao exterior a título de royalties (CIDE-Royalties). Essa contribuição foi criada pela Lei n. 10.168/00, que em seu artigo 2º delimitou como seu fato gerador (i) a detenção, por pessoa jurídica, de licença de uso; (ii) ser essa

<sup>11</sup> Correspondente ao artigo 2(4) da Convenção Modelo da OCDE.

<sup>12</sup> A Lei n. 12.973/2014 e os Tratados Internacionais Tributários Celebrados pelo Brasil, in *Controvérsias jurídico-contábeis (aproximações e distanciamientos)*, v. 06, São Paulo: Dialética, 2015, p. 558.

adquirente de conhecimentos tecnológicos; e (iii) ser essa signatária de contrato que implique transferência de tecnologia, firmados com residentes ou domiciliados no exterior. Deste modo, no caso de remessa a título de pagamentos de qualquer uma dessas espécies, a pessoa jurídica ficaria obrigada ao recolhimento de 10% (dez por cento) sobre o valor do pagamento, além dos outros tributos incidentes.

Percebe-se, no entanto, que apesar de incidir de forma simultânea ao imposto sobre a renda devido na fonte, o tratado não seria aplicável. Isso porque o contribuinte nesses dois casos é distinto. Enquanto no caso da CIDE é contribuinte a pessoa jurídica que efetua a remessa dos valores, no caso do imposto sobre a renda essa é mera responsável pela retenção, enquanto o contribuinte é o destinatário do pagamento. Deste modo, não há que se falar em bitributação, sendo que o sujeito obrigado se mostra absolutamente relevante para fins de determinação da aplicação ou não do tratado.<sup>13</sup> Falta um dos pressupostos necessários à ocorrência da bitributação jurídica, vez que a incidência não se dá sobre o mesmo sujeito.

A inclusão da CIDE sobre royalties no âmbito dos tratados para evitar a dupla tributação também foi objeto de manifestação jurisdicional. No denominado “Caso Unilever”, o Tribunal Regional Federal da 3ª Região decidiu pela exclusão da aplicação do tratado firmado entre o Brasil e os Países Baixos a essa exação. Embora a conclusão tenha sido a mesma a que chegamos, a questão da ausência de bitributação jurídica pela diferença entre os contribuintes obrigados não foi objeto de argumentação pelo Tribunal. Esse, fundamentou sua decisão na diferença existente entre as espécies tributárias. A CIDE-royalties, por se tratar de contribuição de intervenção no domínio econômico – e não de imposto propriamente dito –, tendo inclusive destinação específica, não seria tributo idêntico ou substancialmente semelhante ao imposto sobre a renda:

CONTRIBUIÇÃO DE INTERVENÇÃO NO DOMÍNIO ECONÔMICO. FINANCIAMENTO DO PROGRAMA ESTÍMULO À INTERAÇÃO UNIVERSIDADE-EMPRESA PARA APOIO A INOVAÇÃO. DESNECESSIDADE DE PRÉVIA LEI COMPLEMENTAR. INOCORRÊNCIA DE VIOLAÇÃO À ISONOMIA. CONSTITUCIONALIDADE DA EXAÇÃO. ACORDO INTERNACIONAL BRASIL-PAÍSES BAIXOS.

[...] 6. Assim, a contribuição de intervenção sequer se assemelha ao imposto de renda, não podendo, portanto, sofrer a limitação do tratado. **O Tratado refere-se à disciplina da incidência de impostos e não contribuições**, não havendo que se falar em violação ao Tratado ratificado pelo Decreto nº 355/91, nem em bitributação. [...] (Tribunal Regional Federal da 3ª Região, Agravo de Instrumento n. 2001.03.00.032586-9, Rel. Des. Lazarano Neto, publicado em 26.05.2004).

Houve também questionamento em relação a abrangência dos tratados para fins de imposto sobre a renda cobrado na fonte pelo Estado brasileiro quando da remessa de valores para pagamento de serviços prestados no exterior por empresas que não possuem estabelecimento permanente no Brasil.

Nesse sentido, é interessante citar consulta feita pela Finlândia em relação à interpretação adotada pelo Brasil sobre a cobrança do imposto sobre a renda em remessas

<sup>13</sup> BIANCO, João Francisco. A Cide sobre *Royalties* e os Tratados Internacionais contra a Dupla Tributação, in *Grandes Questões do Direito Tributário Atual*, v. 08, São Paulo: Dialética, 2004, p. 262.

de valores ao exterior. As Autoridades Fiscais do Brasil tinham o entendimento consolidado no Ato Declaratório COSIT n. 1, de 5.1.2000, de que incidiria o imposto sobre a renda retido na fonte (IRRF) nas remessas ao exterior para pagamento de serviços que não envolviam a transferência de tecnologia.

De acordo com a redação desse Ato Declaratório, o IRRF incidiria sobre “remessas decorrentes de contratos de prestação de assistência técnica e de serviços técnicos sem transferência de tecnologia”.

A Finlândia entendia que essa cobrança violava o artigo 7º do Tratado, que determina que “Os lucros de uma empresa de um Estado Contratante são tributáveis apenas nesse Estado, a não ser que a empresa exerça sua atividade no outro Estado Contratante por meio de um estabelecimento permanente aí situado. (...)”. Essa regra estabeleceria competência exclusiva do país de domicílio do prestador de serviço. Por esse motivo, a Finlândia não concordava com a cobrança do imposto retido na fonte pelo Brasil.

Diante desse impasse, a Finlândia manifestou a sua discordância com a possibilidade de denúncia do tratado. Isso fez com que as Autoridades Brasileiras revisassem o seu posicionamento e emitissem o Parecer n. 2.363/14, da Procuradoria da Fazenda Nacional.

No novo Parecer, foi consolidado o entendimento de que os valores remetidos ao exterior em decorrência de contratos de prestação de serviços de assistência técnica e de serviços técnicos não devem ser submetidos ao imposto sobre a renda na fonte. As seguintes ressalvas são importantes: (i) não deve haver transferência de tecnologia; (ii) a empresa não deve exercer atividade no Brasil por meio de estabelecimento permanentes; e (iii) o entendimento não é aplicável quando o Tratado celebrado permitir a tributação cumulativa no Brasil.

No mesmo sentido, a Receita Federal do Brasil emitiu o Ato Declaratório Interpretativo RFB n. 5/2014, que consolidou esse entendimento da seguinte forma:

Art. 1º O tratamento tributário a ser dispensado aos rendimentos pagos, creditados, entregues, empregados ou remetidos por fonte situada no Brasil a pessoa física ou jurídica residente no exterior pela prestação de serviços técnicos e de assistência técnica, com ou sem transferência de tecnologia, com base em acordo ou convenção para evitar a dupla tributação da renda celebrado pelo Brasil será aquele previsto no respectivo Acordo ou Convenção:

I - no artigo que trata de royalties, quando o respectivo protocolo contiver previsão de que os serviços técnicos e de assistência técnica recebam igual tratamento, na hipótese em que o Acordo ou a Convenção autorize a tributação no Brasil;

II - no artigo que trata de profissões independentes ou de serviços profissionais ou pessoais independentes, nos casos da prestação de serviços técnicos e de assistência técnica relacionados com a qualificação técnica de uma pessoa ou grupo de pessoas, na hipótese em que o Acordo ou a Convenção autorize a tributação no Brasil, ressalvado o disposto no inciso I; ou

III - no artigo que trata de lucros das empresas, ressalvado o disposto nos incisos I e II.

O inciso III acima trata do caso do Tratado da Finlândia, no qual não deve haver tributação nas remessas ao exterior para pagamento dos serviços, observadas as ressalvas (i) da inexistência de transferência de tecnologia; e (ii) da impossibilidade de prestação do serviço por meio de estabelecimento permanente no Brasil.

Além disso, atualmente, a aplicação do tratado independe da forma como o tributo é cobrado, alcançando não só os que apuram a renda com base no lucro no real, mas também os que apuram a renda com base no lucro presumido. De acordo com entendimento manifestado pela Receita Federal do Brasil, na Solução de Divergência COSIT n. 8, de 16 de julho de 2014, quando não houver tratado, deve se restringir o aproveitamento do crédito em relação ao tributo pago no exterior, quando a empresa for optante pela tributação com base no lucro presumido:

EMENTA: LUCRO PRESUMIDO. SERVIÇOS PRESTADOS DIRETAMENTE AO EXTERIOR. NÃO AUTORIZADA COMPENSAÇÃO DO IMPOSTO PAGO NO EXTERIOR.

A pessoa jurídica que exercer a opção pelo regime de tributação com base no lucro presumido e prestar serviço diretamente no exterior não poderá compensar imposto pago no país de domicílio da pessoa física ou jurídica contratante.

AUTORIZADA A COMPENSAÇÃO DO IMPOSTO PAGO NO EXTERIOR NO CASO DE PAÍS COM O QUAL O BRASIL POSSUA ACORDO PARA EVITAR A DUPLA TRIBUTAÇÃO.

A compensação do imposto pago no exterior é autorizada se houver acordo ou convenção para evitar a dupla tributação entre o Brasil e o país no exterior que determine a compensação em um estado contratante do imposto pago no outro estado contratante como método para eliminar a dupla tributação, sem que se exija um regime de tributação específico. Nesta hipótese, a compensação ocorrerá nos termos do referido acordo ou convenção para evitar a dupla tributação.

Os tratados, no artigo 3, valem-se de definições de termos essenciais para a sua adequada aplicação. Esse dispositivo busca proporcionar coerência entre a legislação interna e os compromissos firmados pelo país por meio dos tratados. Deste modo, asseguram também a eficácia dos instrumentos, uma vez que a despeito de ser um tratado, uma vez internalizado, passa a ser disposição normativa interna.

Neste sentido, busca preservar a interpretação e a eficácia do tratado, porque dá homogeneidade às suas disposições em face da legislação interna de cada um dos países signatários. O Brasil, no entanto, ao adotar uma interpretação dos tratados excessivamente literal e restritiva, quase sempre se remete ao direito interno, valendo-se do artigo 3(2) para a solução das discussões em matéria de aplicação dos tratados. Esse dispositivo estabelece a possibilidade de utilização do ordenamento jurídico interno para a interpretação dos tratados.

Os termos empregados nos tratados que não forem expressamente definidos devem ser interpretados a partir de seu contexto. Subsidiariamente, o artigo 3(2) possibilita a utilização da lei interna como meio de integração da interpretação dos tratados. Neste sentido, qualquer alteração da legislação doméstica pode influenciar no âmbito

de aplicação do acordo, o que pode causar divergências de aplicação e até mesmo descumprimento de acordos internacionais.

Exemplo disso foi a discussão envolvendo o tratado firmado entre o Brasil e a Argentina. O Brasil, por meio de uma modificação de sua legislação interna, alterou o tratamento até então existente das filiais brasileiras no exterior. Essa medida foi vista como adequada pelo antigo Conselho de Contribuintes<sup>14</sup> – órgão administrativo para a solução das lides tributárias –, que decidiu da seguinte forma:

TRATADOS E CONVENÇÕES INTERNACIONAIS. Não obstante o STF tenha se posicionado no sentido de inexistência de primazia hierárquica do tratado internacional, em se tratando de Direito Tributário a prevalência da norma internacional decorre de sua condição de lei especial em relação à norma interna. CONVENÇÃO BRASIL-ARGENTINA PARA EVITAR DUPLA TRIBUTAÇÃO. LUCRO DE SUCURSAL BRASILEIRA NA ARGENTINA. No caso específico, a norma interna prevalecerá sobre a norma internacional, posto que a própria convenção internacional admite a possibilidade de modificação do tratamento aplicável às filiais a empresas brasileiras situadas no exterior por meio de alteração da legislação interna brasileira. (...)” (1º Conselho de Contribuintes, Recurso Voluntário n. 138.902, Processo Administrativo n 16327.000619/2001-61, julgado em 13.04.2005).

Nesse caso, o contribuinte foi autuado por supostamente ter deixado de oferecer à tributação os lucros auferidos por empresa sucursal sediada na Argentina. No julgamento, concluiu-se que a disposição da lei interna deveria prevalecer em face do tratado celebrado.

Parte II – Importância da noção de tributo na eliminação da dupla incidência tributária internacional

Parte II. Capítulo 1. Definição de residência tributária segundo o Tratado

Nos termos do artigo 4(1) da Convenção Modelo da OCDE, que é adotada pelo Brasil nos tratados firmados, considera-se residente qualquer pessoa que seja considerada liable to tax, em função do domicílio, residência, de sua sede de direção ou qualquer outro critério de natureza semelhante.

Ser liable to tax não significa estar submetido a uma efetiva tributação, bastando que a pessoa seja passível de sofrer qualquer exigência. Daí porque a expressão liable to tax não se confunde com subject to tax, que significa realizar efetivamente o pagamento de tributo.

Importante mencionar, ainda, que a expressão liable to tax deve ser interpretada de forma ampla, bastando, para a inclusão de determinada pessoa dentro do seu conceito, a existência de mera tributação potencial. Deste modo, as pessoas que usufruem de qualquer imunidade ou isenção concedida pela lei interna de um dos Estados Contratantes podem ser consideradas residentes para fins de aplicação dos tratados, pois

---

<sup>14</sup> Esse órgão foi substituído pelo Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF), através da Medida Provisória n. 449, de 03 de dezembro de 2008 – convertida na Lei n. 11.941/2009.

são passíveis de serem tributáveis em função de alguma alteração no ordenamento jurídico interno.

Portanto, é a possibilidade de ser qualificado como sujeito passivo da obrigação tributária que torna determinada pessoa liable to tax, independentemente de ela realizar efetivamente qualquer pagamento.

Nos termos da legislação interna brasileira, considera-se residente no Brasil: a pessoa física (i) que resida no Brasil em caráter permanente; (ii) que se ausente temporariamente para prestar serviços como assalariada a autarquias ou repartições do Governo brasileiro situadas no exterior; (iii) que ingresse no Brasil: (a) com visto permanente, na data da chegada; ou (b) com visto temporário na data em que complete 184 (cento e oitenta e quatro) dias consecutivos ou não de permanência no Brasil, dentro de um período de até doze meses, entre outras.

Os não residentes também estão sujeitos à tributação no Brasil quando recebidas de fonte brasileira, por meio do imposto sobre a renda retido na fonte. Esses rendimentos podem ser recebidos por conta de alienação de bens e direitos, operações financeiras, trabalho assalariado/ prestação de serviços, royalties etc.

Há, ainda, a tributação de residentes em relação aos rendimentos recebidos de fontes no exterior. A forma de tributação dependerá do tipo de rendimento recebido.

No tocante às pessoas jurídicas, o conceito de domicílio advém do direito civil e tem como residência o local onde estão localizadas as diretorias e administrações ou o local eleito.

O artigo 127 do Código Tributário Nacional estabelece que, na falta de eleição pelo contribuinte do domicílio tributário, considera-se domiciliado (i) em relação às pessoas físicas, no local onde residir habitualmente, ou o centro habitual de sua atividade, quando incerta ou desconhecida a residência; (ii) no tocante às pessoas jurídicas de direito privado ou às firmas individuais, o lugar da sua sede, ou, em relação aos atos ou fatos que derem origem à obrigação, o de cada estabelecimento. Em complementação, o artigo 212 do Regulamento do Imposto sobre a Renda estabelece que o domicílio fiscal quando existirem vários estabelecimentos é aquele que a pessoa jurídica optar.

Nesse aspecto, é importante lembrar que esses dispositivos são antigos na legislação tributária e não previam a possibilidade de arranjos internacionais para evitar a tributação. Nesse sentido, é importante que os dispositivos que tratam da residência da pessoa jurídica sejam interpretados em consonância com o Código Civil brasileiro, de forma que o domicílio fiscal das pessoas jurídicas deve ser definido com base no local onde estão as diretorias e administração.

## Parte II. Capítulo 2. O método para evitar dupla tributação internacional

Conforme visto acima, o Brasil adota medidas unilaterais, através de disposições internas, e bilaterais, mediante a assinatura de tratados, para evitar a bitributação. Esses últimos foram assinados em momento no qual o Brasil figurou preponderantemente como destinatário de investimentos estrangeiros. Daí a razão pela qual as autoridades fazendárias interpretam restritivamente os tratados, sustentando sua aplicação apenas ao imposto sobre renda.

Deste modo, ainda que exista medida bilateral para a eliminação da bitributação, mediante a utilização de isenção ou crédito, o Brasil exclui da sua aplicação tributos outros que não o imposto federal sobre a renda, como a CSLL, a contribuição ao PIS, a COFINS, a CIDE e o ISS.

Contudo, além das medidas bilaterais para a eliminação da dupla tributação, o Brasil assegura, através de mecanismos presentes em sua legislação interna, a compensação do tributo pago no exterior, quando houver reciprocidade de tratamento entre o Estado da fonte e os contribuintes brasileiros.

No Brasil, a reciprocidade de tratamento não é presumida. Para sua configuração, é necessário que exista ato normativo interno esclarecendo tal tratamento, como ocorre nos Estados Unidos, Inglaterra e Alemanha. Não havendo tal disposição, o contribuinte deve, para valer-se da reciprocidade, demonstrar às autoridades competentes que o outro Estado assegura o mesmo tratamento tributário aos residentes no Brasil. É o que dispõe o artigo 1º, § 2º da Instrução Normativa RFB n. 208/2002:

§ 2º A prova de reciprocidade de tratamento far-se-á com cópia da lei publicada em órgão de imprensa oficial do país de origem do rendimento, traduzida por tradutor juramentado e autenticada pela representação diplomática do Brasil naquele país, ou mediante declaração desse órgão atestando a reciprocidade de tratamento tributário.

Esse sistema unilateral previsto pelo Brasil na sua legislação acerca do imposto sobre a renda abrange, inclusive, tributos não incluídos no âmbito dos acordos para evitar a dupla tributação.

Os tratados, ao dispor sobre os tributos abrangidos, especificam quais tributos pagos no exterior podem ser compensados no Brasil, através da sistemática de crédito. A título de exemplo, o tratado firmado com a Argentina prevê a obtenção de crédito com relação ao imposto pago na Argentina em decorrência da incidência do imposto sobre os ganhos (*impuesto a las ganancias*) e do imposto sobre os lucros eventuais (*impuesto a los beneficios eventuales*).

Para a utilização deste método de eliminação de dupla tributação internacional, é necessário que o contribuinte comprove o efetivo pagamento do tributo no exterior, mediante apresentação de documento fornecido pelo país de origem devidamente traduzido para o português.

Em qualquer caso, a compensação de crédito de tributo estrangeiro com tributo nacional ou a sua apuração como despesa está sempre sujeita à fiscalização da Receita Federal do Brasil e, evidentemente, toda vez que se adota interpretação no sentido de restringir o crédito ou negar a compensação de tributos pagos no exterior ou ainda a dedução de outros tributos expressamente excluídos, o efeito será a dupla incidência tributária.

## Parte II. Capítulo 3. Não-discriminação

O artigo 24 da Convenção Modelo da OCDE estabelece uma cláusula de não discriminação, cujo escopo é impor tratamento isonômico aos nacionais de ambos os países contratantes. No caso dos tratados firmados pelo Brasil com Israel e Ucrânia, esse

artigo também prevê, na parte final do parágrafo primeiro, que ambos os países contratantes devem tratar de modo equânime os indivíduos que não sejam residentes de um ou de ambos os Estados contratantes.

A problemática envolvida no que diz respeito à interpretação desse artigo é a extensão da expressão “que se encontrem na mesma situação”. Isso permite que os Estados contratantes determinem critérios de discriminação a partir da diferença entre as condições em que se encontram os residentes de um e de outro país. Nesse sentido, os comentários da OCDE ao artigo 24 expressam que *“the non-discrimination provisions of the Article seek to balance the need to prevent unjustified discrimination with the need to take account of these legitimate distinctions”*.

Portanto, nada impede que haja discriminação entre os cidadãos de um ou outro Estado contratante, desde que isso ocorra de forma justificada em função da diferença entre as situações em que esses se encontram.

Sobre esse dispositivo já comentou Alcides Jorge Costa,<sup>15</sup> ao contestar parte da doutrina que sustentava a impossibilidade de se tratar de forma diferente os indivíduos residentes no outro Estado contratante. Segundo o ex-Professor Titular de Direito Tributário da Faculdade de Direito da USP, a diferença do local da residência é fator passível de ser utilizado como meio de discriminação, pois nesse caso os indivíduos não estão na mesma situação.

No direito brasileiro, a previsão se encontra no artigo 150, inc. II da Constituição Federal que veda que qualquer dos entes da federação institua tratamento desigual, no que toca à tributação, entre contribuintes que se encontram em situação equivalente. Além disso, o artigo 5º, caput, equipara o brasileiro e o estrangeiro no Brasil para fins de proteção ao direito de propriedade. Nesse sentido, pode-se sustentar que o ordenamento jurídico brasileiro já impede o tratamento desigual entre contribuintes na mesma situação para quaisquer tributos, cobrindo aqueles que não sejam abrangidos pelo tratado.

Parte III – A importância da noção de tributo para evitar a dupla não tributação internacional

Parte III. Capítulo 1. Cláusulas subject-to-tax nos tratados para evitar dupla não tributação

A cláusula subject-to-tax é aquela que estabelece que o rendimento só está abrangido pelo acordo quando o valor é sujeito à tributação em um dos Estados. Ou seja, deve estar sujeito à situação de bitributação. Isso evitaria que um rendimento não tributado na fonte estivesse abrangido pelo tratado, o que poderia ensejar a dupla não tributação.

Parte III. Capítulo 2. Prescrições do direito interno anti-elisivas

Há relevante discussão no Brasil com relação à existência de norma geral antielisiva (general anti-avoidance rule). Atualmente, está em vigor o artigo 116, parágrafo único do Código Tributário Nacional, que dispõe o seguinte:

---

<sup>15</sup> COSTA, Alcides Jorge. Os acordos para evitar a bitributação e a cláusula de não-discriminação. In: *Revista Dialética de Direito Tributário*, v. 6, mar/1996, p. 7-11

Parágrafo único. A autoridade administrativa poderá desconsiderar atos ou negócios jurídicos praticados com a finalidade de dissimular a ocorrência do fato gerador do tributo ou a natureza dos elementos constitutivos da obrigação tributária, observados os procedimentos a serem estabelecidos em lei ordinária. (Incluído pela Lei Complementar nº 104, de 2001)

Percebe-se que esse dispositivo atribui competência à lei ordinária ulterior para dispor sobre os procedimentos que deverá observar a autoridade administrativa para que possa efetuar tais desconsiderações. Ocorre que essa lei ainda não foi editada, motivo pelo qual tal dispositivo não pode ser aplicado, ainda que se entenda que se trata de norma geral antielisiva.

### *Lucros no exterior*

No que se refere especificamente ao imposto sobre a renda das empresas, o artigo 74 da Medida Provisória n. 2.158-35, de 24.8.2001 pretendeu criar uma hipótese ficta de disponibilidade de lucros auferidos por empresas coligadas ou controladas no exterior. Isso se dava por meio da tributação automática desses lucros em 31 de dezembro de cada ano pela controladora ou coligada brasileira, independente da natureza das rendas e país de domicílio das empresas pela.

O Superior Tribunal de Justiça decidiu no REsp 1.325.709-RJ pela aplicabilidade dos tratados internacionais, de forma que os lucros auferidos por empresa coligadas ou controladas no exterior em países com os quais o Brasil celebrou tratados para evitar a dupla tributação só podem ser tributados no país de residência dessas empresas.

Esse é entendimento está de acordo com a disposição do tratado internacional no sentido de que os lucros de uma empresa de um Estado contratante só são tributáveis nesse Estado, a não ser que a empresa exerça sua atividade no outro Estado Contratante, por meio de um estabelecimento permanente ali situado. Assim, a intenção da legislação brasileira de tributar um lucro não disponibilizado à empresa brasileira contrariaria a disposição do Acordo.

Nesse sentido, confira-se os trechos da referida decisão:

(...) as Convenções e os Acordos Internacionais, em cotejo com a legislação tributária interna infraconstitucional devem prevalecer, submetendo-se, obviamente, apenas à Constituição, cuja superioridade não pode ser questionada. (...) no âmbito tributário, a efetividade da cooperação internacional viabiliza a expansão – desejável expansão – das múltiplas operações transnacionais que impulsionam o desenvolvimento econômico global, o combate à dupla tributação internacional e à evasão fiscal internacional, e contribui poderosamente para o estreitamento das relações culturais, sociais e políticas entre as Nações.<sup>16</sup>

Diante da conclusão de que os Tratados Internacionais devem prevalecer sobre a lei interna, o Brasil deve observar que a pessoa jurídica estrangeira tem personalidade jurídica e o seu lucro só pode ser tributado no exterior. Entendimento diverso faria com o que o Brasil descumprisse a Convenção de Viena, que estabelece que uma parte não

---

<sup>16</sup> Recurso Especial n. 1.325.709-RJ – Relator Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, publicado em 20.5.2014.

pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado (artigo 27).

Esse julgamento é um importante marco no direito tributário internacional do Brasil, pois demonstra um importante avanço no que tange ao reconhecimento da importância e supremacia dos tratados internacionais em face na legislação interna.

### Conclusões

No Brasil, “tributo” é gênero do qual são espécies os impostos, as taxas, as contribuições de melhoria, os empréstimos compulsórios e as contribuições especiais. A definição de tributo é uniforme para todos os entes da federação e está presente no Código Tributário Nacional (artigo 3º). Como falta aos tratados, no artigo 3(2), definição do conceito de tributo, é cabível a utilização subsidiária dessa previsão da legislação interna, para fins de concessão ou não do crédito em relação ao tributo pago no exterior para fins de aplicação de medida unilateral para eliminação da dupla tributação.

No artigo 2 dos tratados firmados pelo Brasil estão listados os tributos presentes no seu âmbito de aplicação. Com relação aos tributos brasileiros, consta nos tratados firmados apenas o imposto federal sobre a renda, com exceção dos acordos firmados com Portugal, Bélgica e Trinidad e Tobago, que também incluem – através de Protocolos Adicionais – a contribuição social sobre o lucro.

De acordo com a interpretação restritiva realizada pelas autoridades brasileiras e com as reservas realizadas ao Modelo da OCDE, estão fora do escopo dos tratados tributos cobrados pelos entes subnacionais. Também não estão abrangidas as contribuições, que possuem natureza jurídica própria, não sendo consideradas como substancialmente semelhantes ao imposto federal sobre a renda.

O Brasil considera comparável para fins de aplicação das medidas unilaterais e bilaterais para eliminação da dupla tributação os tributos mencionados expressamente nos tratados internacionais e aqueles sobre os quais haja reciprocidade. O valor do crédito fica limitado ao montante de tributo pago.

O Código Tributário Nacional, em seu artigo 43, estipula o que é considerado renda para o sistema tributário brasileiro, sendo essa: (i) o produto do capital, do trabalho ou da combinação de ambos; e (ii) acréscimos patrimoniais não compreendidos no item anterior.

Não há no Brasil um tributo próprio sobre o capital. Existem, no entanto, exações que incidem sobre espécies de propriedade, como: imposto sobre a propriedade urbana e rural, imposto sobre transmissão onerosa de bens imóveis e imposto sobre heranças.

No Brasil, o imposto sobre heranças e doações é de competência dos Estados, motivo pelo qual não é abrangido pelos tratados.

Há grande discussão no país sobre a existência de GAAR no artigo 116, parágrafo único, do Código Tributário Nacional. É importante destacar que, independentemente disso, tal dispositivo ainda carece da devida regulamentação, motivo pelo qual é inaplicável. Não obstante, as autoridades administrativas valem-se de instrumentos como business purpose test e substance over form para desconsiderar determinadas estruturas de planejamento tributário.

## Referências

- ALMEIDA, Carlos Otávio Ferreira de. *Tributação internacional da renda: a competitividade brasileira à luz das ordens tributária e econômica*. Série Doutrina Tributária, v. XII. São Paulo: Quartier Latin, 2014.
- AMARO, Luciano da Silva. Os tratados internacionais e a contribuição sobre o lucro, In ROCHA, Valdir de Oliveira (coord.). *Grandes Questões Atuais do Direito Tributário*. São Paulo: Dialética, 1997.
- BARRETO, Paulo Ayres. *Imposto sobre a renda e preços de transferência*. São Paulo: Dialética, 2001.
- \_\_\_\_\_. Tributação dos resultados auferidos no exterior. In BARRETO, Aires Fernandino (org.). *Direito tributário contemporâneo*. São Paulo: Malheiros, 2011.
- BIANCO, João Francisco. A Cide sobre Royalties e os Tratados Internacionais contra a Dupla Tributação, In ROCHA, Valdir de Oliveira. *Grandes Questões do Direito Tributário Atual*, v. 08, São Paulo: Dialética, 2004.
- CARVALHO, Paulo de Barros. Tratados internacionais destinados a evitar dupla tributação e incidência de imposto sobre a renda no Brasil, In *Revista tributária das américas*, v. 1, 2010.
- COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. As contribuições para a seguridade social e os tratados internacionais. In ROCHA, Valdir de Oliveira. *Revista Dialética de Direito Tributário*, v. 26. São Paulo: Dialética, 1997.
- COÊLHO, Sacha Calmon Navarro e DERZI, Mizabel Abreu Machado. Os tratados internacionais e as contribuições para a Previdência Social – inexigibilidade quando o empregado estrangeiro, trabalhando no Brasil, mantenha vínculo com a seguridade do país de origem, In ROCHA, Valdir de Oliveira. *Revista Dialética de Direito Tributário*, v. 132. São Paulo: Dialética, 2006.
- COSTA, Alcides Jorge. Os acordos para evitar a bitributação e a cláusula de não-discriminação. In ROCHA, Valdir de Oliveira. *Revista Dialética de Direito Tributário*, v. 06. São Paulo: Dialética, 1996.
- PICONEZ, Matheus Bertholo. Lucros no exterior, equivalência e tributação da “parcela do ajuste do valor do investimento” à luz dos acordos de bitributação brasileiros, In MOSQUERA, Roberto Quiroga e LOPES, Alexsandro Broedel, *Controvérsias jurídico-contábeis (aproximações e distanciamentos)*, v. 06, São Paulo: Dialética, 2015.
- ROCHA, Sergio André. A Lei n. 12.973/2014 e os Tratados Internacionais Tributários Celebrados pelo Brasil, In MOSQUERA, Ricardo Quiroga e LOPES, Alexsandro Broedel, *Controvérsias jurídico-contábeis (aproximações e distanciamentos)*, v. 06, São Paulo: Dialética, 2015.
- \_\_\_\_\_. *Troca internacional de informações para fins fiscais*. – São Paulo: Quartier Latin, 2015.
- ROTHMANN, Gerd Willi. Problemas de qualificação na aplicação das convenções contra a bitributação internacional, In ROCHA, Valdir de Oliveira. *Revista Dialética de Direito Tributário*, v. 76. São Paulo: Dialética, 2002.
- SCHOUERI, Luís Eduardo. *Planejamento fiscal através de acordos de bitributação: treaty shopping*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.
- SILVEIRA, Rodrigo Maitto da. *Aplicação de tratados internacionais contra a bitributação – qualificação de “partnership joint ventures”*. Série Doutrina Tributária vol. 1. São Paulo: Quartier Latin, 2006.
- TAVOLARO, Agostinho Toffoli. Impostos abrangidos pelos tratados de dupla tributação, In TÔRRES, Heleno (coord.). *Direito tributário internacional aplicado*, v. V – São Paulo: Quartier Latin, 2008.

TÔRRES, Heleno. *Direito tributário internacional: planejamento tributário e operações transnacionais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

\_\_\_\_\_. *Pluritributação internacional sobre as rendas de empresas*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

TROIANELLI, Gabriel Lacerda. Aplicabilidade dos tratados para evitar a dupla tributação às contribuições, *In* ROCHA, Valdir de Oliveira. *Grandes Questões do Direito Tributário Atual*, v. 08, São Paulo: Dialética, 2004.

VIDAL, Arnaldo Sampaio de Moraes. O conceito de tax nos tratados internacionais tributários: paradoxos e possibilidades de um esperanto jurídico fiscal, *In* TÔRRES, Heleno Taveira (coord.). *Direito tributário internacional aplicado*, v. VI. São Paulo: Quartier Latin, 2011.

XAVIER, Alberto. *Direito tributário internacional do Brasil*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.





## EMENDA CONSTITUCIONAL 95/2016: PROPÓSITO E CONSEQUÊNCIAS DO NOVO REGIME FISCAL

*Guilherme Helfenberger Galino Cassi<sup>1</sup>,  
Oksandro Osdival Gonçalves<sup>2</sup>*

### RESUMO

A Emenda Constitucional 95, promulgada em dezembro de 2016, incorporou ao ordenamento jurídico brasileiro o Novo Regime Fiscal. Com ele, as despesas primárias da União passam a ter um teto que deverá ser observado ao longo dos próximos vinte anos, cujo parâmetro são os gastos do exercício de 2016, reajustados ano a ano pela inflação. O ajuste fiscal tem por escopo garantir sustentabilidade à dívida pública federal, o que é notável, porém ao mesmo tempo arriscado, pois pode impossibilitar a União de, durante o período de sua vigência, cumprir adequadamente as prestações de sua competência e que são indispensáveis à sociedade. Alvo de várias críticas, a existência do Novo Regime Fiscal propicia, porém, um incentivo para uma gestão pública mais eficiente, a qual depende agora de vontade política. Ainda, ao se vislumbrar os efeitos da restrição orçamentária prolongados no tempo, supõe-se que o regime aprovado é mais um factóide econômico, para rápida recuperação de confiança do mercado, do que um programa de Estado a ser aplicado pelo prazo previsto na Emenda Constitucional.

**PALAVRAS-CHAVE:** Emenda constitucional 95. Novo Regime Fiscal. União. Despesas primárias. Eficiência.

### ABSTRACT

The Constitutional Amendment 95, promulgated in December 2016, incorporated the New Tax Regime into the Brazilian legal system. With it, the Union's primary expenditures now have a ceiling that need to observe, over the next twenty years, the parameter of the expenses of 2016, adjusted year by year by inflation. The scope of the fiscal adjustment is to ensure sustainability of the federal public debt, which is remarkable, but, at the same time, there is a risk that it will be impossible for the Union, during the period of its validity, to adequately fulfill the services within its competence that are are indispensable to society. Target of several criticisms, however, the New Tax Regime provides an incentive for more efficient public management, which now depends on political will. Still, when analyzing the effects of budget constraint prolonged over time, it is assumed that the approved regime is more an economic factoid, for a recovery of market confidence, than a State program to be applied for the term provided for in the Constitutional Amendment.

<sup>1</sup> Doutor e Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Especialista em Direito Civil e Empresarial pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Advogado e professor universitário.

<sup>2</sup> Professor Titular na PUCPR. Pós-Doutor pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Doutor pela PUCSP. Mestre pela PUCPR.

**KEYWORDS:** Constitutional amendment 95. New Tax Regime. Unity. Primary expenditure. Efficiency.

## 1. INTRODUÇÃO

O Brasil enfrenta um cenário de recessão econômica. O decréscimo do Produto Interno Bruto (PIB), o aumento do índice de desemprego, a redução da arrecadação federal e o incremento da dívida pública são algumas evidências do momento negativo.

Nessa linha, o PIB brasileiro decresceu 3,8% em 2015 e 3,6% em 2016, vindo a apresentar leve retomada de 1% no ano de 2017 e de 1,1% no ano de 2018, o que demonstra que a recuperação é lenta e que os patamares de crescimento verificados antes da crise dificilmente serão restabelecidos. Não obstante, mesmo que verificado um aumento na produção, a população ainda sofre com a falta de empregos. Segundo dados do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE, 13,1% das pessoas economicamente ativas estão sem conseguir trabalhar<sup>3</sup>. Em termos proporcionais, o país hoje é o sétimo com mais desempregados no mundo<sup>4</sup>, com taxas de desemprego de 12,8% em 2017 e 12,5% em 2018, segundo a OIT – Organização Internacional do Trabalho, em seu relatório “Perspectivas sociais e de emprego no mundo – tendências 2018”<sup>5</sup> a qual estima uma retomada lenta em 2019 e 2020.

Como se não bastasse, ao mesmo tempo em que a riqueza nacional diminui e o desemprego se avoluma, a arrecadação do Estado tem um decréscimo, o que também leva ao aumento da dívida pública. Em termos federais, o débito do Estado perante seus credores chegou a R\$ 3,87 trilhões no ano de 2018, alta de 8,9% em relação ao exercício anterior<sup>6</sup>. A arrecadação federal encerrou o ano de 2018 com o montante de R\$ 1,457 trilhão.

A proporção da dívida pública federal quando relacionada com o PIB chegou a 77% em 2018, um ponto fundamental para a atual falta de confiança dos agentes econômicos no mercado nacional e que representa um alto risco para a sustentabilidade das finanças públicas caso nos próximos anos continue a crescer na mesma proporção.

Esse quadro não é novo e nem desconhecido, tanto que, em 2016, o Governo Federal apresentou ao Congresso Nacional uma Proposta de Emenda à Constituição que pretendeu criar, no âmbito da União, o denominado Novo Regime Fiscal (NRF). Diante do paradigma proposto, todos os entes que compõem a União Federal teriam, a partir de 2017, um teto limite para a realização das despesas primárias (que compreendem as despesas totais menos o montante destinado ao pagamento da dívida pública) que deverá ser observado pelo prazo de vinte anos. Tal teto terá por parâmetro o exercício de

<sup>3</sup> INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua - PNAD Contínua. <https://www.ibge.gov.br/estatisticas-novoportal/sociais/trabalho/9173-pesquisa-nacional-por-amostra-de-domicilios-continua-trimestral.html?edicao=20106&t=series-historicas>. Acessado em: 30 abril 2018.

<sup>4</sup> AUSTIN RATING. **Desemprego no Brasil é o 7º maior do mundo em ranking com 51 países**. Disponível em: <http://www.austin.com.br/Midia/30-08-2016%20Desemprego%20no%20Brasil%20%C3%A9%20o%207%C2%BA%20maior%20do%20mundo%20em%20ranking%20com%2051%20pa%C3%ADses%20>. Acessado em: 30 abril 2018.

<sup>5</sup> <http://www.ilo.org/global/research/global-reports/weso/2018/lang-es/index.htm>, acessado em 25.05.2019.

<sup>6</sup> BRASIL. Ministério da Fazenda. **Relatório anual da dívida pública federal 2018**. Disponível em: <http://www.tesouro.fazenda.gov.br>. Acessado em: 25.05.2019.

2016 e a cada ano será reajustado pela inflação oficial. No período, se houver superávit na relação entre receitas e despesas, ele servirá para formação de poupança a fim de pagar a dívida pública.

A Proposta de Emenda à Constituição foi encaminhada ao Congresso Nacional e restou aprovada sem sobressaltos, vindo a ser tornar a 95ª Emenda à Constituição Federal de 1988. O Novo Regime Fiscal passou, a partir de dezembro de 2016, a fazer parte do quadro normativo nacional.

Sua existência, porém, não é incólume a críticas. Os questionamentos, que não são poucos, voltam-se a diversas frentes, desde o uso de arrocho fiscal como medida de combate à recessão, até os efeitos deletérios da restrição de orçamento aos programas e serviços públicos da União.

O que se percebe, portanto, é que estudos aprofundados sobre o tema, com análise de seus propósitos e consequências, são absolutamente necessários.

Posto isso, ao considerar que o ajuste fiscal já é uma realidade brasileira, o presente trabalho apresenta a estrutura da Emenda Constitucional 95 de 2016 (EC 95), buscando articular, em conjunto, um raciocínio sobre o impacto do Novo Regime Fiscal à vida nacional.

O caminho proposto se inicia pela compreensão dos motivos que levaram à apresentação do Novo Regime Fiscal pelo Governo Federal e à análise pormenorizada dos dispositivos da EC 95.

Com o conhecimento da matéria, serão sistematizadas as críticas ao ajuste fiscal criado, bem como desenvolvida a maneira como o princípio da eficiência, diante da limitação de recursos, ganha novo significado na administração pública federal.

Ao final, realizado um paralelo com as medidas públicas tomadas às recessões econômicas de 1929 e de 2008, apresenta-se a hipótese de que o Novo Regime Fiscal, mais do que ser uma proposta de arrocho que irá limitar o orçamento federal pelos próximos vinte anos, é em verdade um factóide econômico, de caráter transitório, que visa recuperar a confiança imediata do mercado antes de ser complementemente modificado por nova e vindoura Emenda Constitucional.

Em consonância a essas notas introdutórias, a pesquisa vale-se de revisão bibliográfica para, a partir do método lógico-dedutivo, compreender os impactos dessa controversa ferramenta fiscal.

## 2. CRIAÇÃO E APROVAÇÃO DA EMENDA CONSTITUCIONAL 95/2016

Diante da recessão econômica que assola o Brasil nos últimos anos, o Governo Federal propôs a adoção de uma rígida medida de limitação dos gastos públicos com a justificativa de retomada do crescimento nacional. Tal proposta mais tarde veio a se concretizar na Emenda Constitucional 95.

Com início de negociações em junho de 2016, a novel Emenda teve origem em parecer elaborado pelos Ministérios da Fazenda e do Planejamento<sup>7</sup>, os quais, ao exporem motivos para essa mudança constitucional, defenderam que a União encontrava-se em situação de grave desequilíbrio fiscal e que caminhava para a insustentabilidade das contas públicas. Essa conjuntura não é fruto de uma única causa, mas de várias causas, como bem observado pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada – IPEA, em sua Carta de Conjuntura número 41, referente ao 4º Trimestre de 2018, em que elenca dentre as tais causas (i) o descontrole das contas públicas a partir de 2009, (ii) a ampliação da rede de proteção social depois da nova Constituição e (iii) acréscimos reais ao valor do salário mínimo.<sup>8</sup>

A raiz do problema, segundo o documento, seria o crescimento acelerado da despesa pública primária, a qual repetidamente aumentou acima da inflação. Nesse sentido, ao evidenciar o cenário, exemplifica que no período entre 2008 e 2015 a despesa primária aumentou 51% acima da inflação, ao passo que a receita evoluiu apenas 14,5%. Essa discrepância teria feito com que o endividamento público federal, que em termos brutos era de 51,7% do PIB em 2013, passasse a 67,5% em 2016, em uma razão que ultrapassaria a proporção de 80% nos próximos anos. Para o ano de 2016, por exemplo, a ausência de recursos frente às despesas seria a causa do déficit público estimado em R\$ 170 bilhões de reais (o número final foi R\$ 155,6 bilhões de reais<sup>9</sup>).

Para o citado parecer, o desarranjo fiscal seria a causa ainda de maiores ônus à nação, como, por exemplo, a perda de confiança dos agentes econômicos (com consequentes baixos investimentos), altas taxas de juros e a pífia geração de empregos. Por tais razões, um projeto de reequilíbrio fiscal deveria ser imediatamente aprovado e aplicado com o intuito de reverter o quadro de recessão em médio e longo prazo.

A solução apresentada foi a criação do chamado Novo Regime Fiscal (NRF), o qual deveria ser incorporado ao ordenamento jurídico mediante emenda constitucional. Com ele, as despesas primárias da União passariam a ter um teto, equivalente ao ano de 2016, reajustadas ano a ano pela inflação.

Deste modo, pelo prazo de vinte anos, a Lei de Diretrizes Orçamentárias e a Lei Orçamentária Anual da União se valeriam do orçamento do ano anterior, reajustado conforme o IPCA (Índice Nacional de Preços ao Consumidor Amplo), para estabelecer o teto de gastos públicos da União. Em consequência, o aumento das despesas deixaria de estar vinculado aos incrementos, por exemplo, de receita ou do PIB, que são cíclicos (têm altas e baixas), para manter-se atrelado à inflação (desatando a relação entre ciclos econômicos e investimentos). Concomitantemente a essa limitação, o NRF também é baseado na desvinculação dos gastos em algumas áreas, como em saúde e educação, os quais, no caso da União, deixariam de representar percentuais obrigatórios da receita. No caso, a educação está inserida no âmbito das chamadas despesas primárias,

<sup>7</sup> BRASIL. Ministério da Fazenda. **Exposição de motivos interministerial nº 00083/2016 MF MPDG**. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Projetos/ExpMotiv/EMI/2016/83.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Projetos/ExpMotiv/EMI/2016/83.htm). Acessado em: 30 abril 2018.

<sup>8</sup> BRASIL. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada – IPEA. SCHETTINI, Bernardo; PIRES, Gustavo M. V. **Gastos com pessoal no contexto do Novo Regime Fiscal: algumas simulações para o Poder Executivo Civil**. [http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/conjuntura/181129\\_cc41\\_nt\\_gastos\\_com\\_pessoal\\_no\\_contexto\\_da\\_ec95.pdf](http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/conjuntura/181129_cc41_nt_gastos_com_pessoal_no_contexto_da_ec95.pdf). Acessado em 25.05.2019.

<sup>9</sup> BANCO CENTRAL DO BRASIL. **Setor público registrou déficit primário de R\$ 155,8 bilhões em 2016**. Disponível em: <http://www.bcb.gov.br/en/#!/c/noticias/48>. Acessado em: 30 abril 2018.

justamente aquelas afetadas pelo NRF, em outros termos, o sistema atual impede que sejam realizados gastos adicionais com educação o que, em certa medida, está no epicentro das medidas adotadas em 2019 que levaram ao corte de uma parcela do orçamento para Universidades públicas federais.

Segundo a expectativa do Governo Federal, em épocas de maior bonança econômica o excedente de receita frente às despesas formará uma maior poupança ao Estado, ao passo que em momentos de recessão tão somente promoverá menores superávits, sem perigo de maior endividamento público.

A proposta de emenda à Constituição Federal (PEC) foi apresentada pelo Presidente da República ao Congresso Nacional, tendo início de tramitação ainda em junho de 2016 na Câmara dos Deputados, onde recebeu o número de ordem 241.

A então PEC 241 teve tramitação especial e acelerada na Câmara dos Deputados, controlada em sua maioria pelo bloco político formado pelo novo governo. Não obstante alguns entraves, a Proposta, após semanas de debates, foi aprovada em dois turnos no Plenário e seguiu ao conhecimento do Senado Federal.

Ao chegar ao Senado, local também com amplo apoio ao governo federal pós impeachment, a PEC foi numerada como 55/2016 e encaminhada primeiramente à Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, na qual em alguns dias foi aprovada. Mesmo destino recebeu junto ao Plenário, visto que, muito embora tenha sido objeto de várias emendas, restou aprovada sem modificações ao texto da Câmara.

Em 16 de dezembro de 2016 o Presidente do Congresso Nacional promulgou a Emenda Constitucional 95.

### 3. ESTRUTURA DO NOVO REGIME FISCAL

A alteração perpetrada pela EC 95 adicionou os artigos 106 a 114 ao Título X da Constituição Federal, parte em que se encontra o Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT).<sup>10</sup>

Definida por cinco segmentos que dão o contorno ao ajuste fiscal pretendido, a EC 95 tem a seguinte estrutura: (a) a quem o teto fiscal se aplica, (b) a base de cálculo e a forma de reajuste das despesas públicas, (c) exceções à limitação das despesas, (d) penalidades pelo descumprimento e (e) disposições complementares.

Ao se partir dessa estrutura, foi criado, em acordo com o novo texto constitucional, o chamado Novo Regime Fiscal (NRF), o qual tem aplicação direta aos Orçamentos Fiscal e da Seguridade Social da União.

Quando se fala em União, estão englobados os três poderes e seus respectivos órgãos. Para o Poder Legislativo, o Senado Federal, a Câmara dos Deputados e Tribunal de Contas da União; para o Poder Judiciário, todos os tribunais superiores e demais tribunais regionais das justiças do trabalho, eleitoral, federal e militar controlados pela União, mais o Tribunal de Justiça do Distrito Federal; em relação ao Poder Executivo, todos os seus órgãos, como Ministérios, e também a dotação orçamentária para

<sup>10</sup> A incorporação dos novos dispositivos ao ADCT deve-se ao fato de que, conforme destacado na proposta legislativa, o ajuste fiscal não se trata de uma medida perene, mas sim temporária (vigência de vinte anos).

investimentos e financiamento de programas e serviços públicos; por fim, ainda dentro do Executivo, há menção expressa aos orçamentos do Ministério Público da União, do Conselho Nacional do Ministério Público e da Defensoria Pública da União.<sup>11</sup>

Em face da mudança apresentada pelo NRF, a partir do ano de 2017 as despesas primárias dos referidos entes passaram a ter um teto, o qual, se não observado em determinado exercício financeiro, gerará restrições aplicadas no exercício financeiro seguinte.

Para entender a nova sistemática, parte-se da ideia de que “despesa pública” é, junto com as receitas, sempre componente do orçamento do Estado ou de outra pessoa jurídica de direito público, e se perfaz no conjunto de despesas, a qualquer título, necessária a saldar os gastos legais para a realização de serviços públicos<sup>12</sup>. A tal título enquadram-se, por consequência, todos os gastos, como investimentos, pagamento de dívidas, remuneração de servidores, entre outros.

Já o conceito de despesa “primária”, previsto na Emenda Constitucional 95/2016, é mais restrito, e refere-se a todos os gastos dos entes públicos (especialmente o Executivo) menos a parcela que serve ao pagamento de juros da dívida pública.<sup>13</sup>

A ideia de despesa primária deve ser encarada junto ao conceito de receitas primárias, que são aquelas advindas de tributos, concessões, dividendos, etc., mas que excluem as receitas ditas financeiras, que surgem de um endividamento do Poder Público com alguém (não primárias)<sup>14</sup>. Assim, receita primária corresponde aos recursos amealhados pela União que não geram, em contrapartida, uma obrigação financeira sua perante terceiros. A dedução das despesas primárias do montante que compõe as receitas primárias resulta no conhecido superávit primário. A consequência dessa leitura é que um dos principais escopos da EC 95 é, ao limitar as despesas públicas primárias, justamente aumentar o superávit primário, cuja serventia é quitar a dívida pública da União.

Como já mencionado, o reajuste do teto às despesas federais será realizado com uso da inflação do ano anterior ao da elaboração orçamentária, especificamente o Índice de Preços ao Consumidor Amplo (IPCA), constatado anualmente pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE).

Para o primeiro ano (2017) o texto constitucional prevê o reajuste de 7,2% (correspondente à inflação já verificada), sendo que para cada ano a contar de 2018, deverá se partir do montante das despesas primárias pagas do exercício anterior, incluídos os restos a pagar e demais operações que afetam o resultado primário para, com a

---

<sup>11</sup> Ficam, por consequência, excluídos da abrangência na nova disposição constitucional os demais entes federados e seus órgãos, para os quais – apesar da grave situação fiscal em que alguns se encontram – não há imposição da nova limitação de despesas além daquelas já presentes na legislação infraconstitucional. Nota-se que durante a tramitação da PEC 241 perante a Câmara dos Deputados houve a tentativa de apensá-la à PEC 254/2016, cujo teor prevê a fixação de limite máximo para as despesas das Assembleias Legislativas dos Estados, da Câmara Legislativa do Distrito Federal e dos Tribunais de Contas dos Estados e do Distrito Federal da mesma forma que previsto ao orçamento da União. Tal requerimento, porém, foi negado, sob a justificativa de que as propostas se encontravam em momentos diferentes de tramitação.

<sup>12</sup> JUND, Sergio. **Administração, orçamento e contabilidade pública**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 201.

<sup>13</sup> PALUDO, Augustinho. **Orçamento público, AFO e LRF** – 4. ed. – Rio de Janeiro: Elsevier, 2013, p. 117.

<sup>14</sup> BRASIL. Ministério da Fazenda. **Manual de contabilidade aplicada ao setor público (MCASP)** – 6ª Edição, p. 52

aplicação do IPCA constatado entre os meses de julho a junho do ano referência, se chegar ao limite que os Poderes e entidades mencionadas na Emenda Constitucional poderão gastar no período subsequente.<sup>15</sup>

À título ilustrativo, sabe-se que a Lei Orçamentária Anual traz consigo o detalhamento do volume de recursos que serão destinados aos programas do Governo Federal e aos órgãos componentes dos demais Poderes da União. No caso do ano de 2016, a Lei Orçamentária Anual (Lei Federal 13.255/2016) previu o orçamento fiscal e da seguridade social total de R\$ 2.953.546.387.308,00 (dois trilhões, novecentos e cinquenta e três bilhões, quinhentos e quarenta e seis milhões, trezentos e oitenta e sete mil e trezentos e oito reais), com despesas em igual montante. Desse volume, por exemplo, os recursos para custeio das despesas do Poder Legislativo federal foram distribuídos da seguinte forma<sup>16</sup>:

Tabela 01

CÂMARA DOS DEPUTADOS	R\$ 5.275.769.027
SENADO FEDERAL	R\$ 3.893.751.426
TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO	R\$ 1.823.143.480
TOTAL	R\$ 10.992.663.933

Quando se analisa o orçamento do Legislativo nos últimos anos, verifica-se uma constante volatilidade, na medida em que aumenta e diminui, em maior ou menor grau, conforme discricionariedade dos responsáveis do Executivo, que elaboram o planejamento de contas, e dos legisladores, que o aprovam<sup>17</sup>. Com o novo texto constitucional, porém, a partir do ano de 2017, as despesas, no caso do Legislativo federal, encontraram um teto, que é justamente o orçamento de 2016, reajustado no primeiro ano pelo percentual de 7,2%, e nos exercícios seguintes pelo IPCA. Ter-se-á, a partir na nova Emenda, um caráter menos discricionário à elevação das despesas, de modo que cada um dos entes afetados terá que organizar o seu funcionamento em acordo com os recursos disponíveis.

O arrocho proposto pela EC 95 se aplica também aos chamados créditos suplementares, aqueles destinados a reforçar a dotação de recursos caso a previsão inicial se mostre insuficiente para execução do orçamento<sup>18</sup>. Conquanto autorizados a constar na Lei Orçamentária Anual pelo artigo 165, §8º, da Constituição Federal, tais créditos, a partir da nova Emenda, não podem extrapolar o teto de despesas primárias. A mesma

<sup>15</sup> Para o orçamento do ano de 2017 o próprio texto constitucional determina a utilização das despesas primárias, mais os restos a pagar e todas as demais despesas que afetaram o resultado primário de 2016 e aplicação do reajuste de 7,2%, aplicando-se o IPCA constatado até junho de 2017 para realização do orçamento de 2018.

<sup>16</sup> BRASIL. **Lei Federal 13.255/2016** - Anexo III. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2016/lei/Anexo/ANL13255Volume-III.pdf](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/Anexo/ANL13255Volume-III.pdf). Acessado em: 30 abril 2018.

<sup>17</sup> Por exemplo, diante do arrocho econômico, a LOA de 2016 prevê um orçamento menor ao Legislativo do que a LOA de 2015.

<sup>18</sup> JUND, **Op. cit.**, p. 139

restrição também se aplica aos créditos especiais, voltados para quando se precisa atender despesas para as quais não haja dotação orçamentária específica.<sup>19</sup>

Uma das ferramentas propostas pelo NRF para equilibrar o orçamento público é a possibilidade de compensação de despesas entre os Poderes e órgãos. Isso significa que, conforme previsão da EC 95, pode ocorrer a diminuição de recursos de um ente em determinado período para que outro seja privilegiado com um aumento proporcional de recursos, de modo que o montante global permaneça dentro do teto. Tal hipótese aconteceria, por exemplo, se para determinado exercício, ao invés de se corrigir e aumentar os recursos destinados ao Ministério Público da União, eles fossem diminuídos, isso para que o montante destinado à Defensoria Pública da União fosse majorado acima da inflação – mantendo-se o todo dentro do limite imposto.

Apesar de potencialmente temerária, tal possibilidade pode ser realizada em duas situações. A primeira, conforme prevê o texto constitucional, nos três primeiros exercícios financeiros da vigência do Novo Regime Fiscal, porém tão somente com a redução de despesas do Poder Executivo, no percentual máximo de 0,25%, para acréscimo de limites a outros dos entes atingidos. Nesse caso mostra-se possível diminuir os recursos do Executivo para aumentar despesas, por exemplo, do Legislativo ou do Judiciário. A segunda autorização aventada diz respeito a todos os demais entes atingidos pelo NRF, com exceção do Poder Executivo. Por essa previsão, que não se submete a limitação temporal de exercícios, poderá haver compensação entre os diferentes órgãos elencados na Emenda Constitucional, de modo a aumentar a possibilidade de despesas de um em detrimento de outro. Cria-se, assim, um sistema de balanceamento orçamentário para impedir que os gastos públicos possam ser elevados.

O problema dessa previsão é que, ao se valer do exemplo anterior, diminuídos os recursos do Ministério Público, eles não poderiam ser recompensados em um exercício seguinte, pois, novamente, deveriam ser reajustados pela inflação. Como prevê a própria EC 95, os limites de orçamentos de cada órgão são individualizados e somente corrigidos pelo IPCA, ao ponto que permitir o balanceamento geraria um contrassenso.

Outro apontamento sobre a forma de reajuste das despesas primárias é o flagrante congelamento das despesas públicas em termos reais pelos próximos vinte anos, prazo previsto pelo Novo Regime Fiscal para acerto das contas públicas. Conquanto haja o aumento nominal dos valores destinados a cada um dos entes da União, tal crescimento será fictício, na medida em que, corrigido pela inflação, haverá apenas manutenção do valor monetário já existente. Tal fato é certamente a maior crítica à Emenda Constitucional 95/2016 e seus efeitos, pois, mantida a razão de correção pelo IPCA, o valor das despesas públicas permitidas para o ano de 2036 será, em termos reais, o mesmo de 2016, isso mesmo diante do certo aumento de demanda, por exemplo, para gastos previdenciário, educacionais, dentre outros. O Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada – IPEA, em estudo de agosto de 2018, apontou as implicações do NRF para o financiamento da educação, alertando para o seu impacto principalmente sobre os municípios, em razão da partilha dos recursos, das competências concorrentes e do pacto federativo. O referido estudo afirma que houve mudança no financiamento da educação pública porque passou a ficar desacoplado do ciclo econômico e passou a ser

---

<sup>19</sup> **Idem**

limitada pelas despesas do exercício anterior, corrigidos pelo IPCA, ou seja, um novo *funding* do nível de ensino.<sup>20</sup>

A fim de mitigar o engessamento do teto imposto pelo Novo Regime Fiscal, a Emenda Constitucional é dotada de um dispositivo que permite ao Presidente da República, a partir do décimo ano de vigência do NRF, propor projeto de Lei Complementar que venha a alterar o método de correção dos limites à despesa primária. Poderá o Chefe do Executivo propor, por exemplo, a variação do teto conforme aumento de receita, ou mesmo utilizar uma inflação projetada, entre outros parâmetros que melhor reflitam o momento econômico da nação.<sup>21</sup>

O terceiro ponto da estrutura da EC 95 diz respeito às exceções ao NRF, pois não são todas as despesas tidas como primárias que submetem à limitação do ajuste fiscal. Segundo o texto constitucional, não se incluem na base de cálculo de reajuste e, portanto, não se submetem aos limites impostos os seguintes itens do orçamento:

(a) transferências constitucionais que a União deve realizar aos demais entes da Federação, como participação no resultado da exploração de petróleo e gás natural, ou mesmo distribuição de tributos arrecadados;

(b) abertura de crédito extraordinário para atender despesas imprevisíveis e urgentes, como decorrentes de guerra, comoção interna ou calamidade pública;

(c) despesas da Justiça Eleitoral com eleições; e

(d) despesas com aumento de capital de empresas estatais não dependentes.

Caso, observadas as exceções acima, o Poder ou órgão atingido pelo NRF não cumpra a obrigação de limitar as suas despesas, sofrerá sanções de redução orçamentária, as quais permanecerão até que o teto constitucional seja novamente respeitado. Trata-se de um mecanismo normativo que, além de estabelecer a ordem para a gestão consciente dos entes da União, também comina uma consequência para a hipótese de não obediência, seja volitiva ou não. Tais penalidades, que são apresentadas pela EC 95, podem ser sintetizadas no seguinte quadro:

TABELA 02

ENTIDADE	SANÇÃO	EXCEÇÃO
Todas	Concessão, a qualquer título, de vantagem, aumento, reajuste ou adequação de remuneração de membros de Poder ou de órgão, de	Concessões derivadas de sentença judicial transitada em julgado ou de determinação legal decorrente de atos anteriores à entrada em vigor da EC 95

<sup>20</sup> BRASIL. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada – IPEA. **Implicações dos novos regimes fiscais no financiamento da educação pública**. BASSI, Camillo de Moraes. [http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/8692/1/td\\_2407.PDF](http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/8692/1/td_2407.PDF). Acessado em 25.05.2019

<sup>21</sup> Segundo o novo texto constitucional, a alteração do método de correção poderá ser realizada apenas uma vez por mandato presidencial, a partir do décimo ano do Novo Regime Fiscal.

	servidores e empregados públicos e militares	
Todas	Criação de cargo, emprego ou função que implique aumento de despesa	
Todas	Alteração de estrutura de carreira que implique aumento de despesa	
Todas	Admissão ou contratação de pessoal, a qualquer título	Salvo reposições de cargos de chefia e de direção que não acarretem aumento de despesa e aquelas decorrentes de vacâncias de cargos efetivos ou vitalícios
Todas	Realização de concurso público	Salvo reposições de cargos de chefia e de direção que não acarretem aumento de despesa e aquelas decorrentes de vacâncias de cargos efetivos ou vitalícios
Todas	Criação ou majoração de auxílios, vantagens, bônus, abonos, verbas de representação ou benefícios de qualquer natureza em favor de membros do Poder ou órgão	
Todas	Criação de despesa obrigatória	
Todas	Adoção de medida que implique reajuste de despesa obrigatória acima da variação da inflação	Ressalva à observância do pagamento do salário mínimo, se reajustado acima da inflação
Todas	Impossibilidade de revisão anual da remuneração ou subsídio dos servidores públicos	
Poder Executivo	Criação ou expansão de programas e linhas de financiamento, bem como a remissão, renegociação ou refinanciamento de dívidas que impliquem ampliação das despesas com subsídios e subvenções	
Poder Executivo	Concessão ou a ampliação de incentivo ou benefício de natureza tributária	

Sobre as sanções, vale destacar que elas, primeiramente, não serão aplicadas isoladamente, isto é, para o Poder ou órgão que descumprir o NRF haverá a cominação combinada de todas as limitações acima descritas. Mais do que isso, deixa claro o texto constitucional que tais hipóteses não se organizam em um rol exaustivo, ao passo que, além delas, é possível a aplicação de outras restrições que, em conjunto, levem ao equilíbrio fiscal. Sua amplitude é tão extensa que sequer a análise de propostas legislativas que venham a confrontar as sanções impostas pela não observância no NRF são permitidas.

Passado esse segmento, a EC 95 destina atenção a uma das mais profundas mudanças na estrutura constitucional então vigente, que é a modificação das regras para os investimentos em saúde e educação.

No que tange à saúde, vale lembrar que a redação original da Constituição de 1988 não estabelecia a aplicação, pela União, de um percentual mínimo do orçamento, o que somente veio a ser incorporado ao texto legal com a Emenda Constitucional 29/2000. No entanto, enquanto os Estados e Municípios passaram a ter um percentual fixo de suas arrecadações destinadas à saúde, em relação à União esse parâmetro ficou relegado a Lei Complementar, a qual somente veio a ser promulgada em janeiro de 2012 (Lei Complementar 141). Tal legislação, porém, rapidamente veio a se tornar inócua frente à aprovação, no ano de 2015, da Emenda Constitucional 86, com a qual a União ficou obrigada a aplicar em saúde um percentual anual não inferior a 15% de sua receita corrente líquida.<sup>22</sup>

<sup>22</sup> A Emenda Constitucional 86/2015 previu um aumento progressivo do comprometimento das receitas líquidas da União com o campo da saúde. Para o primeiro ano de aplicação após a promulgação da EC, seriam destinados recursos no percentual de 13,2% os quais cresceriam anualmente até que, no quinto exercício financeiro subsequente, fosse atingido o percentual de 15%. A Emenda Constitucional 95/2016 revogou o dispositivo da citada Emenda que previa o aumento paulatino, de modo que, já ao ano de 2017, será aplicado o percentual de 15%.

Em acordo com a EC 95, para o ano de 2017 a Lei Orçamentaria Anual ainda destinou à saúde recursos correspondentes a 15% da receita corrente líquida da União, porém, a partir do ano de 2018, o montante passou a ser corrigido na forma das demais despesas, isto é, reajustado conforme a inflação apurada até o mês de junho do exercício financeiro anterior. Assim, segundo o Portal da Transparência da CGU<sup>23</sup>, tem-se a seguinte distribuição orçamentária para saúde:

2017	120,36 bilhões
2018	121,86 bilhões
2019	122,60 bilhões

Já em relação à educação, a Constituição Federal, desde sua redação original, obriga a União a destinar anualmente nunca menos do que 18% de suas receitas à manutenção e desenvolvimento do ensino. Contudo, assim como para a saúde, a EC 95 prevê a desvinculação dos recursos à educação das receitas da União, ao passo que, mantida a regra para o ano de 2017, a partir de 2018 os investimentos foram limitados pelo reajuste inflacionário do período, tal qual preconiza o NRF. Assim, segundo o Portal da Transparência da CGU<sup>24</sup>, tem-se a seguinte distribuição orçamentária para a educação:

2017	115,11 bilhões
2018	114,31 bilhões
2019	117,10 bilhões

A limitação às despesas com saúde e educação abrange inclusive as emendas parlamentares propostas pelos congressistas ao projeto de Lei Orçamentária encaminhado anualmente pelo Poder Executivo, de modo que, mesmo diante da EC 86 e da criação do chamado “orçamento impositivo”, a obrigatoriedade de execução de despesas naquelas áreas deverá seguir a correção prevista no NRF. Dessa forma, o Estado brasileiro passou a ter um fundamento constitucional de austeridade fiscal para justificar possíveis restrições de recursos para áreas associadas, por exemplo, a implementação de direitos fundamentais. Assim, saúde e educação, embora inscritas nos capítulos dos direitos fundamentais e sociais, passam a poder sofrer restrições baseadas na escassez de recursos no orçamento em função de uma crise econômica que já dura alguns anos.

Por fim, a EC 95 traz em seus textos algumas disposições complementares e que servem de suporte à aplicação do NRF tal qual pretendida pelo Governo Federal.

A fim de dar segurança jurídica às atividades da União, especialmente frente aos danos causados aos servidores e demais destinatários das receitas que serão suprimidas frente ao NRF, há previsão expressa de que as novas normas “não constituirão obrigação de pagamento futuro pela União ou direitos de outrem sobre o erário”, criando, assim, um bloqueio constitucional a eventuais reclamações contra a aplicação do NRF pelo Estado.

<sup>23</sup> <http://www.portaltransparencia.gov.br/funcoes/10-saude?ano=2019>. Acessado em 25.05.2019

<sup>24</sup> <http://www.portaltransparencia.gov.br/funcoes/12-educacao?ano=2019>. Acessado em 25.05.2019

Ainda, toda e qualquer proposta legislativa, inclusive medida provisória, que crie ou altere despesa obrigatória, deverá ser acompanhada de estimativa de seu impacto ao erário, de modo que, uma vez aprovada, não venha a extrapolar os limites impostos pelo NRF.

Com essa estrutura normativa, pretende a Emenda Constitucional 95/2016 diminuir, a longo prazo, o sucessivo endividamento da União frente ao PIB nacional, e com isso promover a retomada do crescimento econômico, dessa vez de maneira sustentável.

#### 4. CRÍTICAS AO NOVO REGIME FISCAL

A EC 95, desde o momento em que ainda se encontrava na forma de proposta legislativa, tem sido alvo de severas críticas em razão dos possíveis efeitos deletérios que a limitação das despesas primárias poderá causar à atividade do Estado frente à população.

Como mencionado, a partir do ano de 2017 as despesas primárias da União (despesas que excluem o pagamento da dívida pública) não poderão ultrapassar o montante gasto no exercício financeiro anterior, sendo tão somente corrigidas pela inflação do período. Isso significa que os gastos com, por exemplo, investimentos em infraestrutura, prestação de serviços públicos e contratação de mais pessoal estarão limitados, em termos reais, ao montante do ano de 2016, na medida em que a inflação serve tão somente para corrigir o valor aquisitivo da moeda. Deste modo, haverá apenas crescimento nominal, nunca real.

Essa prospecção é objeto de críticas uma vez que a sociedade brasileira é composta em sua grande maioria por uma população pobre ou muito pobre, altamente dependente de serviços públicos. Se hoje a prestação estatal não é suficiente para prover as necessidades básicas dos cidadãos, há vários questionamentos sobre se NRF não acarretará um grande retrocesso aos avanços sociais até hoje conquistados sob a justificativa de um ajuste fiscal.

O que se questiona é que, ao se partir da ideia de que a pobreza e a desigualdade social podem ser corrigidas com investimento público maciço, especialmente em áreas essenciais, como saúde e educação, a EC 95 vem a restringir essa possibilidade. Ao se considerar que as despesas efetivadas no ano de 2016 sabidamente não foram suficientes para promover em completude o Estado de Bem-Estar social quisto pela Constituição Federal de 1988, provavelmente também não o serão com a manutenção real do mesmo orçamento para o longo dos próximos vinte anos.

Ademais, ainda que hoje o país se encontrasse em um cenário de pleno atendimento às necessidades sociais, com o passar do tempo haverá pressão por mais serviços. Nos próximos vinte anos a população irá aumentar, ao mesmo tempo em que, seguida a tendência atual, irá envelhecer, alargando nesse caso o topo da pirâmide etária nacional e exigindo mais prestações relativas à, por exemplo, seguridade social (demandando mais despesas ao Estado).

Alguns estudos já elaborados sobre o NRF vislumbram os possíveis efeitos dessa contenção de despesas à sociedade brasileira. Com eles é possível ter uma percepção

de como, mantidas as bases atuais de gestão pública, será o futuro da prestação estatal nacional diante do arrocho fiscal.

Primeiro exemplo é Nota Técnica elaborada por pesquisadores do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada – IPEA – sobre as possíveis consequências à área da saúde<sup>25</sup>. O trabalho parte da conhecida premissa de que a melhora no atendimento público de saúde depende de investimentos robustos, especialmente quando se visualiza a crescente demanda brasileira que não é atendida. Objeto e sucessivas emendas constitucionais, o orçamento da área sofreu diversas alterações desde a promulgação da Constituição em 1988, tanto que a mais recente havia sido a EC 86, a qual atrelou o investimento da União no segmento à sua receita líquida – já diminuindo os recursos de 2016 frente aos do ano anterior.

Conforme o citado estudo, se a EC 95 vigorasse desde 2003, até 2015 a limitação do orçamento geraria uma perda de R\$ 257 bilhões de reais às ações e serviços públicos de saúde. Se em 2015 os investimentos corresponderam a 1,69% do PIB, sob a nova lógica teriam sido iguais a 1,01% do PIB.<sup>26</sup>

Na mesma linha, entende-se que a redução de gastos públicos em saúde resulta em redução no número de profissionais e o fechamento de unidades de atendimento, levando à diminuição da efetividade dos programas e aumento da incidência de doenças, cujo cenário, a longo prazo, geram efeitos negativos à própria economia.<sup>27</sup>

Outra preocupação é a projeção de receitas futuras diante da aplicação da EC 95 quando comparadas ao cenário existente com a EC 86. Isso porque, com o novo texto constitucional, até 2036 poderá o setor deixar de receber até R\$ 743 bilhões de reais<sup>28</sup>. A retenção ganha ainda mais vulto quando se prospecta o crescimento da população brasileira no período, a qual deverá chegar a 226,9 milhões de pessoas no último ano do NRF. Nesse caso, o investimento *per capita*, que em 2016 foi de R\$ 519,00, passará, em 2036, a ser R\$ 441,00.

Pesquisadores do IPEA, em outra Nota Técnica, também avaliaram os impactos no NRF sobre a política de assistência social no Brasil<sup>29</sup>. O estudo, ao partir da premissa de que os recursos do Ministério do Desenvolvimento Social e Agrário sofrerão contenção na exata medida proposta pela EC 95<sup>30</sup>, chegou à conclusão de que no ano de 2017, o orçamento para as políticas foi reduzido em aproximadamente R\$ 6 bilhões, isto é, 8% menos que o exercício anterior<sup>31</sup>. Ao longo dos vinte anos propostos para o NRF, a perda do Ministério responsável pela assistência social no Brasil será de R\$ 868 bilhões

<sup>25</sup> INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA (IPEA). **Os impactos do novo regime fiscal para o financiamento do sistema único de saúde e para a efetivação do direito à saúde no Brasil**, p. 5. Disponível em: [http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com\\_content&id=28589](http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&id=28589). Acessado em: 30 abril 2018.

<sup>26</sup> *Ibidem*, p. 9

<sup>27</sup> INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA (IPEA). **Crise econômica, austeridade fiscal e saúde: que lições podem ser aprendidas?**. 2016, p. 12. Disponível em: [http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/7266/1/NT\\_n26\\_Disoc.pdf](http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/7266/1/NT_n26_Disoc.pdf). Acessado em: 30 abril 2018.

<sup>28</sup> INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA (IPEA). **Os impactos da saúde...**, p. 13

<sup>29</sup> INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA (IPEA). **O novo regime fiscal e suas implicações para a política de assistência social no Brasil**. Disponível em: <http://repositorio.ipea.gov.br/handle/11058/7267>. Acessado em: 30 jan 2017

<sup>30</sup> Relembrando que é o resultado de todo o Poder Executivo deve respeitar o teto do Novo Regime Fiscal, ao ponto que internamente os recursos podem ser alocados com majoração ou redução a diferentes pastas.

<sup>31</sup> INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA (IPEA). **O novo regime fiscal...** Disponível em: <http://repositorio.ipea.gov.br/handle/11058/7267>, p. 13. Acessado em: 30 abril 2018.

de reais<sup>32</sup>. Destaque é feito à projeção de que, a partir de 2026, a evolução do orçamento destinado à assistência social não será suficiente sequer para pagar o Benefício de Prestação Continuada (BPC) à população vulnerável, tornando inviável a realização desse compromisso constitucional.<sup>33</sup>

No que diz respeito ao campo da educação, estudo do Departamento Intersindical de Estatísticas e Estudos socioeconômicos – DIEESE – detalha que se o NRF tivesse sido aplicado entre os anos de 2002 e 2015, o equivalente a R\$ 377,7 bilhões teriam deixado de ser investidos no segmento<sup>34</sup>. Na mesma linha, há estudo que prevê que, com o NRF, o percentual constitucional de aplicação de 18% da receita na educação cairá sistematicamente até o ano de 2036. Nesse sentido, mantendo-se uma previsão de aumento de crescimento gradual ao longo dos anos, em 2026 será destinado ao segmento 14,4% da receita, ao passo que em 2036 será 11,3%.<sup>35</sup>

Tais considerações levam ao questionamento sobre até que ponto o NRF poderia ter sido incorporado ao ordenamento jurídico como Emenda Constitucional, especialmente por, diante da diminuição dos orçamentos, acarretar a estagnação e até supressão do atendimento a direitos sociais. Nesse sentido, há linha doutrinária que entende os direitos sociais como direitos individuais do homem, tanto que, uma vez realizados, compõem um núcleo que perfaz a essência da dignidade humana<sup>36</sup>. A diminuição das prestações sociais, por sua vez, violaria o princípio da proibição do retrocesso, vedada pela Constituição Federal<sup>37</sup>. Diante das consequências do NRF à execução das tarefas do Estado ao longo dos anos, há entendimento de que a proposta sequer deveria ter sido analisada pelo Congresso Nacional, por violação do citado princípio.<sup>38</sup>

Dados tais consequências, há pesquisas que defendem que a aprovação do NRF representa a suspensão do projeto do constituinte de 1988, visto que, com as restrições, não será permitida a expansão ou mesmo manutenção das políticas públicas hoje existentes<sup>39</sup>. Considerada a limitação dos gastos públicos às despesas primárias, mas não ao pagamento dos juros e amortização da dívida pública federal, há um privilégio aos credores rentistas em sacrifício da sociedade brasileira dependente da atuação estatal<sup>40</sup>. Tal cenário pode fazer, inclusive, com que dívida pública se avolume ilimitadamente nos próximos anos, algo verificado em outros países que adotaram técnica semelhante.<sup>41</sup>

---

<sup>32</sup> *Ibidem*, p. 13

<sup>33</sup> *Ibidem*, p. 16

<sup>34</sup> DEPARTAMENTO INTERSINDICAL DE ESTATÍSTICAS E ESTUDOS SOCIOECONÔMICOS – DIEESE. **PEC nº 241/2016: o novo regime fiscal e seus possíveis impactos**. Disponível em: <http://www.dieese.org.br/notatecnica/2016/notaTec161novoRegimeFiscal.pdf>. Acessado em: 30 abril 2018.

<sup>35</sup> DWECK, Esther, ROSSI, Pedro. Impacts of the new fiscal regime on health and education. **Cad. Saúde Pública** [online]. 2016, vol.32, n.12, dez. 2016, p. 10.

<sup>36</sup> SARLET, Ingo W. **Segurança social, dignidade da pessoa humana e proibição de retrocesso: revisando o problema da proteção dos direitos fundamentais sociais**. In: *Direitos fundamentais sociais* (Org. CANOTILHO, J. Gomes et. al.). 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 69.

<sup>37</sup> BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Artigo 60. § 4º. Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: IV - os direitos e garantias individuais.

<sup>38</sup> VIEIRA JUNIOR, Ronaldo Jorge Araújo. **As inconstitucionalidades no “Novo Regime Fiscal” instituído pela PEC nº 55, de 2016 (PEC 241, de 2016, na Câmara dos Deputados)**. Núcleo de Estudos e Pesquisas de Consultoria Legislativa. Boletim 53, nov. 2016. Disponível em: [http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/525609/Boletim\\_53\\_RonaldoJorgeJr.pdf?sequence=1](http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/525609/Boletim_53_RonaldoJorgeJr.pdf?sequence=1). Acessado em: 30 abril 2018.

<sup>39</sup> MARIANO, Cynara Monteiro. Emenda constitucional 95/2016 e o teto dos gatos públicos: Brasil de volta ao estado de exceção econômico e ao capitalismo do desastre. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 4, n. 1, jan./abr. 2017, p. 262.

<sup>40</sup> *Ibidem*, 265.

<sup>41</sup> *Ibidem*, 261.

Outra linha de crítica é a contra a premissa de que a saída da recessão econômica brasileira depende da adoção do rígido arrocho fiscal promovido pela EC 95. Nesse sentido, defende-se que a premissa do Governo Federal, ao prospectar que o aumento do superávit primário levará ao aumento de confiança, maiores investimentos privados e conseqüentemente redução das taxas de juros, estimulando a economia, é uma falácia. Sob esse ponto de vista, o NRF não atingirá seu escopo porque a economia brasileira é altamente arraigada à cultura de altos juros e de grandes rendimentos aos investidores<sup>42</sup>. Nesse sentido, a história nacional demonstrou que maior confiança não se traduz necessariamente em mais conforto e diminuição do retorno financeiro aos rentistas, mas sim o contrário (o que acontecerá novamente mesmo diante do ajuste fiscal).

Ademais, a própria argumentação de que o Estado brasileiro gastou mais do que deveria nos últimos anos seria falsa. Se existiram investimentos foi para a realização do Estado de bem-estar social pretendido pelo constituinte de 1988, da mesma forma que outros países, ditos desenvolvidos, fazem cotidianamente. Em igual sentido, nações como Finlândia e França gastam grande percentual de seus recursos, quando comparados com o PIB, com a prestação de serviços públicos de qualidade<sup>43</sup>, não sendo a prática apontada, por isso, como causa para recessão econômica.

Acrescente-se que a opção pela limitação às despesas públicas é um contrassenso ao entendimento, atribuído a John Keynes, de que o gasto público é a principal ferramenta para dinamização da economia, mesmo que isso venha a acarretar déficit fiscal (prática adotada, por exemplo, à Grande Depressão de 1929). Desse modo, em tempo de recessão, cabe justamente ao Estado agir para aquecer a economia e assumir a vanguarda no que diz respeito a investimentos. Iniciado o período de crescimento econômico, aumenta-se a arrecadação do Estado e a dívida contraída tende a estagnar.<sup>44</sup>

Portanto, ao se divorciar da lógica keynesiana de que em tempos de crise o Estado deve intervir mais fortemente na economia, sobretudo com investimentos em infraestrutura, há expectativa de que o sacrifício ora imposto à sociedade brasileira não traga os efeitos propagados pelo Governo Federal.<sup>45</sup>

Por derradeiro, vale frisar que o método adotado pelo NRF no Brasil não encontra equivalente em outros países do mundo. Nações como Holanda, Suécia e Finlândia estabeleceram limites para o crescimento dos gastos públicos com sucesso, porém as regras foram bastante diferentes do exemplo nacional<sup>46</sup>. Em primeiro lugar fala-se do prazo, geralmente de quatro anos o que demonstra o caráter transitório das medidas. Ademais, nenhum dos países estabeleceu crescimento real zero, tal como acontece no caso brasileiro.

---

<sup>42</sup> SENADO FEDERAL. **A PEC 241 é a única saída para a crise fiscal?** Argumentos a favor de uma alternativa socialmente mais justa e economicamente mais eficaz (Boletim 56). Disponível em: [https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/525613/Boletim\\_do\\_Legislativo\\_n\\_56\\_de\\_2016.pdf?sequence=1](https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/525613/Boletim_do_Legislativo_n_56_de_2016.pdf?sequence=1). Acessado em: 30 abril 2018.

<sup>43</sup> MARIANO, Cynara Monteiro. **Op. cit.**, p. 275

<sup>44</sup> SOUZA, Nilson de. **Economia Internacional Contemporânea - Da depressão de 1929 ao colapso financeiro de 2008**. Curitiba: Atlas, 2009, p. 247.

<sup>45</sup> MARIANO, Cynara Monteiro. **Op. cit.**, p. 277.

<sup>46</sup> EL PAIS. **Como funciona o teto de gastos em outros países (e seus resultados)**. [http://brasil.el-pais.com/brasil/2016/11/28/politica/1480332274\\_865460.html](http://brasil.el-pais.com/brasil/2016/11/28/politica/1480332274_865460.html). Acessado em: 30 abril 2018.

Por essas razões, grande dúvida paira sobre o NRF e a capacidade de gerar efeitos positivos na economia brasileira, especialmente se comparados os potenciais prejuízos sociais.

## 5. EFICIÊNCIA DA GESTÃO PÚBLICA DIANTE DO NOVO REGIME FISCAL

Conquanto a criação do NRF por meio da EC 95 seja objeto de severos questionamentos quanto à sua necessidade e às consequências a longo prazo, a realidade impõe assumir que a mudança constitucional foi promulgada pelo Congresso Nacional e a nova dinâmica orçamentária já se encontra em vigor. Portanto, até que decorra o prazo vintenário, ou mesmo exista a alteração do NRF com uso das ferramentas legislativas possíveis, é preciso que a União se direcione a um novo senso de gestão das receitas públicas, de modo a, com o não crescimento real dos recursos, promover ainda assim a expansão das suas atividades perante a sociedade. Entra em cena o princípio da eficiência.

A eficiência tem origem e é um dos sustentáculos da ciência econômica, pois, diante da existência humana em um mundo onde os recursos para a sobrevivência são finitos, há a necessidade de gerenciá-los da maneira mais apropriada possível. A inafastável realidade de que os recursos são escassos e as necessidades intermináveis faz com que a economia procure demonstrar qual o cenário social ou normativo que melhor distribui esses recursos de acordo com as preferências dos agentes econômicos. O seu fim maior é, portanto, demonstrar qual o arranjo social ou organizacional mais “eficiente”, aquele que mais atende as necessidades humanas e da melhor forma.

Ao momento em que a economia descreve a eficiência, o faz essencialmente sob dois aspectos: eficiência produtiva e eficiência alocativa. A primeira delas, eficiência produtiva, refere-se à ausência de capacidade ociosa, padrões ótimos de desempenho e de organização do processo produtivo<sup>47</sup>. A segunda modalidade, alocativa, é uma questão de escolha dos bens que serão produzidos, relevada a limitação dos meios, a multiplicidade de fins e a priorização dos objetos que devem ser alcançados<sup>48</sup>. Consideradas as duas possibilidades, pode-se resumir que eficiência econômica é se valer da melhor escolha e realizá-la em um nível máximo de desempenho.

Com o tempo, o conceito de otimizar recursos em busca de melhores resultados foi transportado à administração empresarial privada, ao passo que a máxima de “fazer mais por menos” transformou-se em elemento distintivo para o desenvolvimento dos agentes comerciais, sobretudo para garantir a sobrevivência dos empreendedores no mercado concorrencial.

O mesmo raciocínio, porém, não encontrou imediata ressonância na esfera pública. No Brasil, por exemplo, a aplicação da eficiência à atividade do Estado somente veio a ganhar corpo com o avanço neoliberal experimentado na década de 1990, especialmente com a intenção de se implementar uma “reforma gerencial” na administração pública, à exemplo do que ocorrera anos antes em outros países, como Inglaterra e Nova Zelândia<sup>49</sup>. A partir de então passou-se a entender que a administração pública

<sup>47</sup> ROSSETI, José Paschoal. **Introdução à economia**. 20ª ed. – 3. reimpr. – São Paulo: Atlas, 2006, p. 191

<sup>48</sup> **Ibidem**, p. 192

<sup>49</sup> PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. **Reforma do Estado para a cidadania: a reforma gerencial brasileira na perspectiva internacional**. São Paulo: Ed. 34, 1998, p. 49-50

deveria distanciar-se do modelo burocrático clássico, débil na promoção do Estado Social, e caminhar a uma nova perspectiva, pautada pela eficiência. Dentro desse contexto, em 1998 foi promulgada a Emenda Constitucional 19 com a proposta de modernização do Estado brasileiro, e que, entre seus dispositivos, incorporou à Constituição Federal o princípio da eficiência como norteador da administração pública.

O referido princípio, quando aplicado ao Estado, significa, segundo Di Pietro, que a atuação do agente público e a organização da administração pública têm o objetivo de alcançar os melhores resultados na concretização dos serviços destinados à população<sup>50</sup>. Mazza complementa que tal escopo é alcançado com a observância de conceitos como economicidade, redução de desperdícios, qualidade, rapidez, produtividade e rendimento funcional, historicamente caros à administração privada e que passam também a ser à esfera pública.<sup>51</sup>

Dentro desse contexto, é preciso cotejar de que forma o NRF e a contenção do aumento real das despesas da União nos próximos vinte anos aumenta a relevância do princípio da eficiência. Duas diferentes perspectivas podem ser analisadas.

A primeira, otimista, supõe que, diante do arrocho orçamentário imposto pelo NRF, não sobrarão alternativas à administração pública federal que não se reorganizar, potencializar ao máximo os recursos disponíveis e continuar a expandir os seus serviços.

Em acordo com os estudos antes mencionados, parece inequívoco que ao longo dos anos, ao mesmo tempo em que a população nacional irá aumentar, os limites impostos pela EC 95 irão represar um volumoso montante de recursos a áreas essenciais, como saúde e educação. Se hoje as prestações públicas já são aquém do desejado, será ainda mais penoso atender à demanda social com a redução dos investimentos.

Ocorre, porém, que tais dados certamente são conhecidos pelo Governo Federal e uma alternativa de gestão deve ser pensada. A solução contra o desastroso futuro passa pelo Estado ser mais eficiente, que no caso seria cortar desperdícios, reorganizar sua atuação como interventor na atividade econômica e aumentar a qualidade do atendimento público a um custo mais baixo. A respeito, em uma análise sobre o Relatório Sistêmico de Fiscalização da Saúde do TCU, realizado em 2014, apontou-se que o problema não era predominantemente a ausência de recursos financeiros, mas a péssima gestão dos recursos existentes:

[...] os processos de contratação pública compreendem um desafio na atividade administrativa. Esse fator ganha relevo frente à constatação de que à administração pública cabe o agir tendo o ser humano como centro. Importa dizer, na medida em que há processos de contratação mal planejados, sem o envolvimento adequado e coordenado dos diversos atores envolvidos mediante práticas de governança eficientes e eficazes, além de o interesse imediato da Administração não estar atendido, há um impacto direto no direito fundamental do cidadão à boa administração. Os recortes do Relatório Sistêmico de Fiscalização da Saúde do TCU – 2014 deixaram clarividente essa realidade. A ausência de mecanismos de planejamento e governança tem implicado em ônus significativo ao erário, seja em razão de desfalques orçamentários ou via

<sup>50</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. - 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 84.

<sup>51</sup> MAZZA, Alexandre. **Manual de direito administrativo**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 104.

multiplicação das mazelas sociais; e, sobretudo, aos cidadãos, que veem tangenciado seu direito fundamental à boa administração, propiciadora, na hipótese, de um serviço de saúde pública de qualidade. A partir desses apontamentos, reforça-se o papel do Estado em intentar melhorias na governança pública, realizando planejamento eficiente e, acima de tudo, baseado em uma gestão pública horizontalizada e concertada, na qual as decisões passam a ser tomadas de acordo com o resultado das negociações entre Estado e sociedade civil.<sup>52</sup>

Como visto, a EC 95 exige que os gastos totais de cada um dos entes atingidos pela restrição das despesas primárias fique abaixo do teto constitucional. No âmbito de cada um dos entes, por sua vez, a destinação de despesas é de livre organização, ao ponto que é possível promover rearranjos institucionais com o interesse de privilegiar uma área em detrimento de outra. Assim, quando se fala, por exemplo, do Poder Executivo, mostra-se imperioso potencializar os recursos disponíveis em áreas como saúde e educação, de modo a evitar a perda de investimentos a longo prazo, nem que para isso outros setores, menos relevantes, devam ser desprestigiados.

Ao considerar que a prestação de serviços públicos pelo Estado parte da justificativa da essencialidade – como resultado de escolha política que lhes atribui grau de relevantíssima importância à sociedade<sup>53</sup> – não são eles que devem ser sacrificados para transferir recursos a outros setores. Em verdade, a União deve voltar atenção a gastos supérfluos dentro de sua estrutura, como manutenção de cargos comissionados com fins políticos, salários hiperbólicos e gastos excessivos com burocracia, e desviar os recursos sobranes às prestações à sociedade.

Se ainda assim faltarem recursos, que seja a lacuna compensada por meio de tributação àqueles que se beneficiam com o arrocho fiscal, como os rentistas. Em entendimento semelhante, o economista francês Piketty chega a defender que, em situações de excessiva dívida pública (como no caso brasileiro), na dúvida entre se optar por austeridade ou aumento de impostos, especificamente sobre o capital privado, a segunda opção é de longe a mais recomendada.<sup>54</sup>

Uma segunda perspectiva para a aplicação do princípio da eficiência diante do NRF, dessa vez pessimista, é a de que, mesmo que os entes públicos se esmerem, a manutenção e expansão a longo prazo dos seus serviços são possibilidades utópicas diante do teto de despesas.

O primeiro motivo para inutilidade do princípio diante do NRF seria de ordem prática. O conceito de eficiência está presente no ordenamento jurídico brasileiro há muitos anos, tanto que a economicidade e o melhor atendimento às carências da sociedade já são moles da administração pública. Destarte, sob esse ponto de vista, a União já atuaria com a contingência de custos e primazia por áreas essenciais, não sendo a

---

<sup>52</sup> ROSSETTI, S.; GONÇALVES, Oksandro. **Processos de contratação pública e o direito fundamental à boa administração: uma análise a partir do relatório do TCU/2014 sobre saúde pública**. In: Ana Luisa Celino Coutinho; Roberto Correia da Silva Gomes Caldas; Fernando Gustavo Knoerr. (Org.). **DIREITO E ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA I: XXIII Congresso Nacional do CONPEDI**. 1ed. Florianópolis: CONPEDI, 2014, v., p. 565-593.

<sup>53</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo** – 30ª ed. São Paulo: Malheiros, 2013, 689.

<sup>54</sup> PIKETTY, Thomas. **O capital no século XXI**. Trad. Monica Baumgarten de Bolle. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2014, p. 528.

reorganização de sua estrutura ou o rearranjo de prioridades que irá compensar os déficits causados pelo arrocho fiscal, mesmo que acompanhados de aumento de tributação.

Outro argumento advém do histórico cultural nacional, fincado no patrimonialismo<sup>55</sup>. Por ele, a atuação do setor público remonta à ideia de que a comunidade política conduz como se fossem negócios seus e em benefício próprio atividades do Estado que deveriam ser voltadas à coletividade<sup>56</sup>.

Por consequência, ao conceber que a mesma cultura perdura à época presente, não é de se esperar que a imposição do NRF venha acompanhada de uma maior eficiência do Estado, com redução de privilégios atendimento a áreas essenciais, justamente porque não haverá interesse político para tanto.

A tomada de um ou outro caminho pela administração pública somente poderá ser verificada com o tempo, apesar de o histórico da atividade política no Brasil levar a crer que a segunda, pessimista, deverá ser executada nos próximos anos.

## 6. CONCLUSÃO

A sustentabilidade da dívida pública é uma medida de responsabilidade de todos os Governos e que deve ser primada. Dadas as necessidades do Estado de Bem-Estar Social, não há país no mundo que possa custear suas prestações à sociedade sem recorrer a financiamentos, nem que seja mediante a emissão de títulos públicos. Por sua vez, ao se manter níveis razoáveis de endividamento, com o pagamento contínuo das obrigações contraídas, cultiva-se a credibilidade perante os credores, propiciando a continuidade desse sistema de obtenção de recursos que vai além do resultado da cobrança de tributos.

Ao se falar em credibilidade, lembra-se que, se o Estado por si só não tem condições ou perfil de investir para formação do produto nacional, a iniciativa privada poderá tomar essa incumbência para si, porém, que o fará tão somente se prospectar que sua empreitada trará rendimentos no futuro. Fala-se, portanto, em confiança, no sentido da crença de que o Estado continuará a pagar seus débitos, não prejudicará a continuidade da atividade econômica e, ainda, garantirá segurança jurídica.

A crise que se instalou no país, ao seu turno, é uma crise de confiança, e não de liquidez do Estado. A União nos últimos anos continuou a realizar investimentos, propiciou programas de estímulo econômico (como renúncias fiscais) e pagou ao menos os juros da dívida pública. O que se percebe, assim, é que a retração é pela falta de credibilidade ao Estado quanto ao cumprimento de suas obrigações ao longo do tempo.

Para o Governo Federal, a medida de austeridade criada pelo Novo Regime Fiscal virá a dar um recado aos investidores do mercado: o país, com a poupança realizada mediante limitação real do aumento das despesas primárias, garantirá ao menos o pagamento da dívida pública dos próximos anos. Com essa certeza, espera-se que a produção volte a crescer e, com ela, as oportunidades de emprego.

---

<sup>55</sup> FAORO, Raymundo. **Os donos do poder**: formação do patronato político brasileiro. 3ª Ed. São Paulo: Globo, 2001, p. 822.

<sup>56</sup> **Ibidem.**, p. 819

No entanto, verificados os resultados do primeiro ano de existência do NRF (2017), constata-se que ainda não houve uma retomada dos principais indicadores do crescimento econômico. Embora a curva de decrescimento do PIB tenha se invertido, o endividamento público ainda é altíssimo e a taxa de desemprego ainda é elevada. A nova proposta fiscal, portanto, ainda não se mostrou totalmente eficaz.

As críticas à limitação das despesas primárias surgem principalmente quando prospectado o seu impacto à atuação do Estado junto à população. Conquanto possuir precedentes em outros países, aconteceu em sociedades nas quais a prestação de serviços públicos já havia atingido níveis satisfatórios de qualidade. Destarte, a manutenção do mesmo padrão de investimentos por períodos não tão alongados (exemplos vertem-se a geralmente quatro anos), não fariam grande diferença a um padrão de serviços públicos já considerado ótimo.

No Brasil, contudo, o cenário é diferente. Se diante dos investimentos atuais a prestação do Estado à população já é débil, quanto mais o será no futuro, quando haverá o aumento populacional e o congelamento do aumento real das despesas. A previsão não é animadora mesmo se se considerar como prazo de arrocho os dez anos para revisão do Novo Regime Fiscal, previsto na Emenda Constitucional 95.

Como alternativa aos efeitos perversos da contingência, a única alternativa à União seria começar a utilizar de maneira contundente na administração pública o princípio da eficiência, já presente na Constituição Federal. Existe tal possibilidade na medida em que a totalidade das despesas primárias da União é que deve se submeter ao teto constitucional. Assim, entre os três Poderes (e no âmbito de cada um deles) é possível haver balanceamentos e compensações com o intuito de privilegiar áreas essenciais e reduzir custos em setores supérfluos. Com o Novo Regime Fiscal haveria, por consequência, um incentivo à melhor gestão do Estado, modernizando-o frente à necessidade de redução de despesas.

A melhor gestão do Estado, porém, é uma visão otimista do futuro nacional diante da contensão de despesas ora existente. No entanto, diante do histórico brasileiro, é mais provável que ocorra a manutenção de privilégios em detrimento de serviços públicos à sociedade.

Não obstante, a diminuição ao atendimento das carências sociais pelo Estado certamente não é uma previsão alheia ao Governo Federal, sendo bastante crível que o Novo Regime Fiscal tenha sido criado por um interesse exclusivamente imediato, que é no curto prazo recuperar a confiança dos investidores privados quanto à solvência pública no futuro.

Em realidade, o Governo Federal se preocupa em mostrar publicamente rigidez no controle das contas do Estado, pois, sem a possibilidade de realizar diretamente fortes investimentos para reaquecer a economia (em razão dos sucessivos déficits), tenta criar um ambiente de confiança para que a própria iniciativa privada volte por si só a promover o crescimento. Uma vez atingida a recuperação, não há impedimento legal para que, antes mesmo dos dez anos previstos no texto normativo, se promulgue nova emenda à Constituição revogando o seu conteúdo, ou mesmo alterando o índice de reajuste dos limites de despesas a patamar mais elevado.

## 9. REFERÊNCIAS

AUSTIN RATING. **Desemprego no Brasil é o 7º maior do mundo em ranking com 51 países.** Disponível em: <http://www.austin.com.br/Midia/30-08-2016%20Desemprego%20no%20Brasil%20%C3%A9%20o%207%C2%BA%20maior%20do%20mundo%20em%20ranking%20com%2051%20pa%C3%ADses%20>.

BANCO CENTRAL DO BRASIL. **Setor público registrou deficit primário de R\$ 155,8 bilhões em 2016.** Disponível em: <http://www.bcb.gov.br/en/#!/c/noticias/48>.

BRASIL. **Constituição Federal de 1988.**

BRASIL. **Lei Federal 13.255/2016 - Anexo III.** Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2016/lei/Anexo/ANL13255Volume-III.pdf](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/Anexo/ANL13255Volume-III.pdf).

BRASIL. Ministério da Fazenda. **Análise da arrecadação – dezembro de 2016.** <http://idg.receita.fazenda.gov.br/dados/receitadata/arrecadacao/relatorios-do-resultado-da-arrecadacao/arrecadacao-2016/dezembro2016/apresentacao-arrecadacao-dez-2016.pdf>.

BRASIL. Ministério da Fazenda. **Exposição de motivos interministerial nº 00083/2016 MF MPDG.** Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Projetos/ExpMotiv/EMI/2016/83.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Projetos/ExpMotiv/EMI/2016/83.htm). Acessado em: 30 abril 2019.

BRASIL. Ministério da Fazenda. **Manual de contabilidade aplicada ao setor público (MCASP) – 6ª Edição.**

BRASIL. Ministério da Fazenda. **Relatório anual da dívida pública federal 2016.** Disponível em: [http://www.tesouro.fazenda.gov.br/documents/10180/269444/Apresenta%C3%A7%C3%A3o\\_RAD2016\\_PAF2017\\_port.pdf/38436bac-cc72-44c9-b3cd-aded54ecc173](http://www.tesouro.fazenda.gov.br/documents/10180/269444/Apresenta%C3%A7%C3%A3o_RAD2016_PAF2017_port.pdf/38436bac-cc72-44c9-b3cd-aded54ecc173).

BRASIL. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada – IPEA. SCHETTINI, Bernardo; PIRES, Gustavo M. V. **Gastos com pessoal no contexto do Novo Regime Fiscal: algumas simulações para o Poder Executivo Civil.** [http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/conjuntura/181129\\_cc41\\_nt\\_gastos\\_com\\_pessoal\\_no\\_contexto\\_da\\_ec95.pdf](http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/conjuntura/181129_cc41_nt_gastos_com_pessoal_no_contexto_da_ec95.pdf). Acessado em 25 de junho 2019

BRASIL. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada – IPEA. **Implicações dos novos regimes fiscais no financiamento da educação pública.** BASSI, Camillo de Moraes.

DEPARTAMENTO INTERSINDICAL DE ESTATÍSTICAS E ESTUDOS SOCIOECONÔMICOS – DIEESE. **PEC nº 241/2016: o novo regime fiscal e seus possíveis impactos**. Disponível em: <http://www.dieese.org.br/notatecnica/2016/notaTec161novoRegimeFiscal.pdf>.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. - 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 84.

DWECK, Esther, ROSSI, Pedro. Impacts of the new fiscal regime on health and education. **Cad. Saúde Pública** [online]. 2016, vol.32, n.12, dez. 2016.

EL PAIS. **Como funciona o teto de gastos em outros países (e seus resultados)**. [http://brasil.elpais.com/brasil/2016/11/28/politica/1480332274\\_865460.html](http://brasil.elpais.com/brasil/2016/11/28/politica/1480332274_865460.html).

FAORO, Raymundo. **Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro**. 3ª Ed. São Paulo: Globo, 2001.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. **Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua - PNAD Contínua**. <https://www.ibge.gov.br/estatisticas-novoportal/sociais/trabalho/9173-pesquisa-nacional-por-amostra-de-domicilios-continua-trimestral.html?edicao=20106&t=series-historicas>.

INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA (IPEA). **Crise econômica, austeridade fiscal e saúde: que lições podem ser aprendidas?**. 2016, p. 12. Disponível em: [http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/7266/1/NT\\_n26\\_Disoc.pdf](http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/7266/1/NT_n26_Disoc.pdf).

INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA (IPEA). **O novo regime fiscal e suas implicações para a política de assistência social no Brasil**. Disponível em: <http://repositorio.ipea.gov.br/handle/11058/7267>.

INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA (IPEA). **Os impactos do novo regime fiscal para o financiamento do sistema único de saúde e para a efetivação do direito à saúde no brasil**, p. 5. Disponível em: [http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com\\_content&id=28589](http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&id=28589).

JUND, Sergio. **Administração, orçamento e contabilidade pública**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

MARIANO, Cynara Monteiro. Emenda constitucional 95/2016 e o teto dos gastos públicos: Brasil de volta ao estado de exceção econômico e ao capitalismo do desastre. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 4, n. 1, jan./abr. 2017.

MAZZA, Alexandre. **Manual de direito administrativo**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo** – 30ª ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

PALUDO, Augustinho. **Orçamento público, AFO e LRF** – 4. ed. – Rio de Janeiro: Elsevier, 2013, p. 117.

PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. **Reforma do Estado para a cidadania: a reforma gerencial brasileira na perspectiva internacional**. São Paulo: Ed. 34, 1998.

PIKETTY, Thomas. **O capital no século XXI**. Trad. Monica Baumgarten de Bolle. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2014.

ROSSETI, José Paschoal. **Introdução à economia**. 20ª ed. – 3. reimpr. – São Paulo: Atlas, 2006.

SARLET, Ingo W. **Segurança social, dignidade da pessoa humana e proibição de retrocesso: revisitando o problema da proteção dos direitos fundamentais sociais**. In: Direitos fundamentais sociais (Org. CANOTILHO, J. Gomes et. al.). 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

SENADO FEDERAL. **A PEC 241 é a única saída para a crise fiscal?** Argumentos a favor de uma alternativa socialmente mais justa e economicamente mais eficaz (Boletim 56). Disponível em: [https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/525613/Boletim\\_do\\_Legislativo\\_n\\_56\\_d\\_e\\_2016.pdf?sequence=1](https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/525613/Boletim_do_Legislativo_n_56_d_e_2016.pdf?sequence=1).

SOUZA, Nilson de. *Economia Internacional Contemporânea - Da depressão de 1929 ao colapso financeiro de 2008*. Curitiba: Atlas, 2009.

TRADING ECONOMICS. **Brasil - PIB taxa de crescimento anual**. Disponível em: <https://pt.tradingeconomics.com/brazil/gdp-growth-annual>.

VIEIRA JUNIOR, Ronaldo Jorge Araújo. **As inconstitucionalidades no “Novo Regime Fiscal” instituído pela PEC nº 55, de 2016 (PEC 241, de 2016, na Câmara dos Deputados)**. Núcleo de Estudos e Pesquisas de Consultoria Legislativa. Boletim 53, nov. 2016. Disponível em: [http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/525609/Boletim\\_53\\_RonaldoJorgeJr.pdf?sequence=1](http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/525609/Boletim_53_RonaldoJorgeJr.pdf?sequence=1)





## ANÁLISE MONETÁRIA DO *BITCOIN*

Thiago Augusto Bueno<sup>1</sup>,  
Julio Cesar Aguiar<sup>2</sup>

### RESUMO

O propósito do presente artigo é analisar se o chamado *bitcoin* pode ser definido como moeda. Para tanto, inicialmente é analisada a tecnologia do *bitcoin*, especialmente sua estruturação a partir do desenvolvimento de criptografia por *blockchain*. São tratadas as características principais dessa estrutura tecnológica que permitiu sua rápida difusão, com suficiente confiança e segurança nas transações, a baixo custo, e sem a necessidade da intervenção de terceiros, seja o Estado ou o sistema bancário. Posteriormente, o estudo se volta ao conceito de moeda, a partir do ponto de vista econômico, sob o enfoque das principais teorias desenvolvidas. Nesse ponto, é feita uma análise especial a partir dos estudos da escola austríaca de economia, especialmente por Ludwig Von Mises e seu teorema da regressão, desenvolvido para explicar a origem da moeda. Estabelecidos esses parâmetros, é feita a análise dos atributos do *bitcoin*, tendo se concluído que sua volatilidade e falta de liquidez impedem, por ora, sua caracterização como moeda. De se registrar que o presente artigo serve como ponto de partida para um futuro trabalho acerca dos efeitos jurídicos do *bitcoin*, em especial na seara criminal. Para tanto, é preciso definir a natureza do *bitcoin*.

**PALAVRAS-CHAVE:** *Blockchain*. Moeda. Dinheiro. Teorema de Mises. *Bitcoin*.

### MONETARY ANALYSIS OF THE BITCOIN

### ABSTRACT

The purpose of this paper is analyse if the called bitcoin can be defined as currency. Therefore, first is analysed the bitcoin technology, specially its structuring from the encryption development by blockchain. The main characteristics of this technological structure are studied, wich allowed its fast diffusion, with the sufficient confidence and security in the transactions, at low cost, without the intervention of third parties, be it the State or the banking system. Later, the study turns to the concept of money, from the economic point of view, under the focus of the main theories developed. At this point, a special analysis is made from the studies of the Austrian school of economics, especially by Ludwig von Mises and his regression theorem, developed to explain the origin of the currency. Once these parameters have been established, bitcoin attributes are analyzed, having this paper concluded that its volatility and lack of liquidity prevent, for the moment, its characterization as currency. It should be noted that this paper serves as a starting point for future work on the legal effects of bitcoin, in particular in criminal law. However, it is necessary to define the nature of bitcoin.

<sup>1</sup> Procurador da República, Especialização em Curso em direito aplicado ao Ministério Público Federal pela Escola Superior do Ministério Público da União (2015).

<sup>2</sup> Bacharel em Direito e mestre em Filosofia pela Universidade Federal de Goiás. Doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina. PhD in Law pela University of Aberdeen, UK. Professor da Escola de Políticas Públicas e Governo da Fundação Getúlio Vargas em Brasília.

**KEYWORDS:** Blockchain. Currency. Money. Mises theorem. Bitcoin.

## INTRODUÇÃO

A tecnologia da *internet*, utilizada para diminuir distâncias, compartilhar conhecimentos, integrar pessoas e comunidades é a mesma empregada para a prática de ilícitos penais. Esse cenário do planeta conectado, onde informações são transmitidas em questão de segundos entre todas as partes do globo, aí se incluindo transações comerciais das mais diversas origens e com os mais diferentes objetos, foi determinante para o desenvolvimento de tecnologias que permitissem a realização de transações comerciais *on line* com garantia de segurança e privacidade aos usuários envolvidos, as chamadas *cybermoedas*.

O bitcoin é a tecnologia pioneira e mais difundida de *cybermoeda*. Muito da fama mundial do *bitcoin* é associada à prática de crimes na internet, especialmente na Deep Web, e se deve a casos como o do site *Silk Road*, que intermediava a negociação de armas e drogas, utilizando o *bitcoin* como sistema de pagamento.<sup>3</sup> No entanto, deve ser feita a necessária dissociação entre *bitcoin* e crimes cibernéticos, uma vez que a *cybermoeda* não é ilícita por si só, tendo sido, em verdade, utilizada como meio para troca indireta de valores entre os envolvidos nas ilicitudes praticadas via web. Manter esse raciocínio de ilicitude do uso de *bitcoins* como meio de transferência de valores seria o mesmo que tratar como integrantes de organização criminosa os dirigentes de um banco de onde tivesse sido sacado dinheiro utilizado para comprar uma porção de drogas. Fica claro que não faz sentido atrelar o uso de *bitcoins* ao cometimento de atividades ilícitas. Ocorre que, de fato, a segurança e a privacidade com que as operações de transferência de valores pela rede *bitcoin* são realizadas, através da aplicação de técnicas avançadas de criptografia (*blockchain*), são os maiores atrativos para a utilização das *cryptomoedas*.

Para melhor estudo desse cenário, no tópico 2 é feita análise da tecnologia do bitcoin, desenvolvida a partir de técnicas de criptografia por meio de blockchain. São analisadas as características conjugadas que permitiram a disseminação da utilização do bitcoin pela web.

No tópico 3 é feito o estudo dos predicados da moeda, seus atributos que fizeram com que no decorrer da história da humanidade fosse desenvolvido esse instrumento de troca de bens que uniu diferentes povos e foi determinante para a expansão humana no planeta. Após, toma-se por objeto a moeda em seu sentido econômico, especialmente à luz dos ensinamentos da escola austríaca da economia e o teorema da regressão de Ludwig Von Mises.

### 1. A TECNOLOGIA DO BITCOIN

O *bitcoin* é uma tecnologia de livro-caixa digital cujo desenvolvedor até hoje é uma incógnita. O certo é que em 2008 foi lançada em uma lista de discussões de programadores uma pesquisa assinada por Satoshi Nakamoto, cuja real existência não se

---

<sup>3</sup>

—— WIKIPÉDIA. *Silk Road*. Disponível em: <[https://pt.wikipedia.org/wiki/Silk\\_Road](https://pt.wikipedia.org/wiki/Silk_Road)>. Acesso em: 3 abr. 2018.

tem confirmada até hoje (há muitas especulações acerca de sua identidade, inclusive, de que, na verdade, tenha se tratado de um trabalho coletivo). A pesquisa denominada *Bitcoin: A Peer-to-Peer Electronic Cash System*<sup>4</sup> trazia ao mundo mais uma tentativa de desenvolvimento de tecnologia para transmissão de valores dissociada dos governos e sistemas bancários (TAPSCOTT; TAPSCOTT, 2016).

As transações envolvendo *bitcoins* se utilizam de técnica de criptografia por *blockchain*. Criptografia, em apertada síntese, é o estudo de meios para transmissão de informações a fim de que apenas o emissor e o destinatário tenham acesso, de modo a ser preservado seu conteúdo da indevida intromissão de terceiros. O que se busca com o emprego de criptografia é a transmissão de uma mensagem de forma segura, garantindo-se que somente seu destinatário terá acesso a seu conteúdo. Pelo que, ainda que seja extraviado o instrumento de transmissão da informação (escrito, desenho, fotografia etc), seu conteúdo não poderá ser acessado por outrem que não o destinatário. Existem técnicas de criptografia que remontam à Antiguidade, tendo seu desenvolvimento chegado à era digital e culminado com o desenvolvimento da tecnologia *blockchain*.

Em uma análise mais simples, os sistemas que operam como *blockchain* se utilizam de programas de computador desenvolvidos para a descentralização de dados, compartilhando os registros de forma difusa entre os integrantes do programa (cada um dos usuários), de modo que cada operação promovida por um desses “nós” (cada um dos usuários) acresça um novo bloco ao registro geral, que pode ser consultado por cada um dos usuários, garantindo segurança e confiança a cada uma das operações e ao sistema todo (HAYNES; O’BROLCHÁIN; REIJERS, 2016). É essa mesma tecnologia de criptografia por *blockchain* a utilizada pelo *bitcoin*, com a especificidade que se trata de um sistema voltado para o registro de operações de entrada e saída de valores, um verdadeiro livro-caixa.

Utilizando-se desse sistema difuso, espalhado em tantos computadores quantos seus usuários aquiesçam para sua manutenção (essa atividade de manutenção do sistema em cada máquina é conhecida como mineração e será estudada adiante), o *bitcoin* se utiliza de cada um desses computadores como um nó de sua rede, que tem a função de realizar, registrar e conferir a autenticidade das operações, conferindo legitimidade e segurança ao programa, sem a necessidade da intervenção de um terceiro, seja ele o Estado ou uma instituição bancária (BLUNDELL-WIGNALL, 2014).

As operações realizadas através do *bitcoin* exigem a utilização de duas chaves, uma privada e outra pública. A chave privada funciona como a assinatura de cada usuário. Os *bitcoins* são armazenados em “carteiras digitais” (aplicações que permitem o registro das operações de débito e crédito de cada usuário), cujo acesso é restrito a seu detentor (CASEY; VIGNA, 2015). É através da chave privada que se autoriza a transferência dos valores em *bitcoin* de uma carteira para outra, sendo disposta somente a seu titular.

Já a chave pública serve para conferir legitimidade às transações, permitindo que sejam auditadas por qualquer usuário do sistema. Em todas as operações são registrados os números das carteiras envolvidas e é gerada uma chave pública que pode ser

4

NAKAMOTO, Satoshi. *Bitcoin: A Peer-to-Peer Electronic Cash System*. 2009. Disponível em: <<https://bitcoin.org/bitcoin.pdf>>. Acesso em: maio 2018. Versão em português Disponível em: <[http://www.usandobitcoin.com.br/files/BitcoinPaper\\_Portugues.pdf](http://www.usandobitcoin.com.br/files/BitcoinPaper_Portugues.pdf)>.

consultada (toda operação de *bitcoin* gera uma chave pública diferente). A consulta a essa chave pública informa os números das carteiras que participaram da operação e o valor transferido.

Assim, a técnica criptográfica de *blockchain* aplicada ao *bitcoin* define quais as operações são válidas (ABRAMOWICZ, 2016), de modo a afastar fraudes, como a duplicidade de transações, em que haveria uma simulação do envio de valores, de modo que o mesmo montante do ativo deixaria por mais de uma vez a mesma carteira virtual. Essa possibilidade de fraude, também conhecida como problema do gasto duplo (*double spending*) por muito tempo atormentou os desenvolvedores de tecnologia de registro de operações, tendo sido solucionado somente com a adoção de criptografia pela técnica de *blockchain* (DE FILLIPI; WRIGHT, 2018). O emprego de *blockchain* com chaves públicas permite a qualquer usuário do sistema certificar que a unidade de *bitcoin* deixou efetivamente a carteira de um usuário e ingressou na de outro, impedindo operações simuladas.

De se destacar que as carteiras na rede *bitcoin* são identificadas apenas por números e não pelo nome do usuário, o que assegura o sigilo da identidade dos sujeitos envolvidos nas operações. Esse foi um dos pontos determinantes para a utilização do *bitcoin* como meio de remessa de valores envolvendo aquisição de produtos e serviços ilícitos, como no caso do já mencionado site Silk Road. O anonimato é um dos pontos chave dessa tecnologia. Essa característica tem íntima relação com o movimento *cyberpunk*, que pregava o desenvolvimento de tecnologias na internet que permitissem o anonimato e a livre manifestação dos usuários, avessos a qualquer intervenção estatal em sentido contrário (BANKING ON BITCOIN, 2016).

Além do anonimato, outro ponto fundamental para compreensão do funcionamento do sistema *bitcoin* é a natureza difusa do registro de seus dados. No *bitcoin* não há a concentração das informações referentes às operações em um único ou em poucos servidores centrais. Em verdade, cada um dos “nós” do sistema, ou seja, todos os computadores nos quais está instalado o programa funciona como ponto de registro de todas as operações. Há uma rede de computadores ligados ao mesmo sistema, espalhados pelo globo, dedicados ao registro das operações.

Uma das vantagens desse sistema difuso é a de impedir, como já ocorreu em outras oportunidades com instituições bancárias, a ocorrência de *cyberataques* a servidores que centralizam dados<sup>5</sup>. Não há o risco de se perderam os registros das operações realizadas em decorrência de um ataque virtual coordenado porque as informações não estão registradas em um único ou em alguns poucos servidores, sendo impossível atingir-se, de forma simultânea, todos os computadores, em escala global, que hospedam o programa.

Outra situação evitada pelo caráter difuso do sistema é a da falência do sistema em decorrência de cessação do acesso à *internet* determinada por governos locais. Utilizando-se de múltiplas plataformas espalhadas pelo planeta, eventual cerceamento de acesso dos computadores que mantêm o programa não obstará a continuidade do

---

5

FINANCIAL TIMES. “Seven UK banks targeted by co-ordinated cyber attack”. *Financial Times*. Londres, 25.04.2018. Disponível em: <<https://www.ft.com/content/2e582594-48ab-11e8-8ee8-cae73aab7ccb>>. Acesso em 9 jun. 2018.

processamento das operações, já que outras máquinas dedicadas aos registros continuariam operando.

Os registros das transações feitas pelos “nós” da rede, que geram as chaves públicas, são complexos cálculos matemáticos que exigem grande consumo de energia. Sem essas máquinas dedicadas a tanto, o sistema utilizado pelo *bitcoin* seria impraticável, justamente porque está fundado em uma rede difusa de computadores trabalhando para sua manutenção. Como estimular a continuidade dos computadores nessa rede? Essa pergunta foi respondida por Satoshi Nakamoto através do reforço da “mineração”.

A “mineração” nada mais é do que uma recompensa atribuída pelo próprio sistema do *bitcoin* aos usuários que dedicam seus computadores para a manutenção da rede, permitindo que suas máquinas resolvam os complexos cálculos matemáticos que registram as operações de crédito e débito entre as carteiras virtuais. Ao conceder a utilização de seu computador para tanto, a cada operação que a máquina realiza é creditada uma fração de *bitcoin* à correspondente carteira. Observe-se que, tal como organizado, o sistema do *bitcoin* é autosustentável, já que foi disposto de modo que há estímulo para a manutenção de sua difusão, ponto fundamental para a consecução de seu fim.

No início das atividades do *bitcoin* era possível “minerar” utilizando um computador residencial. No entanto, atualmente, dadas as complexidades cada vez maiores dos cálculos exigidos para a confirmação das operações, decorrente do elevado número de transações diárias, para que haja sucesso na “mineração” é necessária a dedicação de máquinas incrivelmente potentes e especialmente preparadas para esse fim, de modo que ostentem grande *hashpower*. Além disso, outro desafio é o custo de manutenção desses equipamentos em razão do demasiado consumo de eletricidade envolvido no processo que funciona ininterruptamente, 24 horas por dia. Por esses motivos, hoje, há verdadeiras “fazendas de computadores” montadas para este exclusivo propósito, especialmente em localidades de temperatura mais amena e custo de energia elétrica mais barata, em países como China, Suécia e Islândia e áreas do Estado de Washington, nos Estados Unidos (CASEY; VIGNA, 2015).

Essa característica do *bitcoin* de remunerar os computadores que resolvem os cálculos decorrentes da técnica *blockchain* é fruto da adoção do protocolo de criptografia conhecido como Prova de Trabalho (*Proof-of-Work – PoW*). Esse protocolo foi desenvolvido de modo que a participação de um usuário exige que ele comprove que tenha realizado alguma tarefa, como a solução dos problemas matemáticos, de modo que, somente após, possa criar um novo bloco e ser remunerado por isso (POPOV, 2016). Assim, há uma proteção do próprio sistema contra ataques de terceiros estranhos, além da indeterminação do próximo usuário responsável pela solução dos problemas matemáticos do *blockchain*.

Além da *mineração*, outro modo de se adquirir *bitcoin* é através da compra por meio das corretoras de investimento digital, utilizando-se, para tanto, de cartão de crédito ou diretamente através de outros investidores. Dessa maneira o usuário escolhe quanto quer investir em sua carteira digital, habilitando-se, a partir de então, a realizar transações na rede *bitcoin*.

De se registrar, ainda, que o *bitcoin* foi desenvolvido de modo que há um limite na sua emissão. A atividade de mineração, que gera o ingresso de unidades de *bitcoin* no sistema, tem um limite máximo de alcance, de modo que, tal como os minerais físicos, seu estoque é limitado. Tal como desenvolvido, o número máximo de *bitcoins* a serem minerados, ou seja, gerados pelo sistema mediante a remuneração dos computadores que dão sustentação à rede, é de 21 milhões. Disso decorre que tal como o ouro, o *bitcoin* também é um recurso não renovável.

Segundo a programação do *bitcoin*, suas 21 milhões de unidades serão geradas até o ano de 2140. No entanto, ocorre que em janeiro de 2018 já se registrou a emissão de 80% dos *bitcoins*. Disso decorre que a atividade de mineração ficará cada vez mais difícil e cara.

Nesse ponto é importante assinalar que ao contrário das moedas nacionais, fracionadas em unidades de cem, o *bitcoin* é dividido em frações de 100 milhões. Assim, a menor unidade de *bitcoin* é a de 0,00000001, conhecida como *satoshi*, em homenagem ao criador da *cryptomoeda*. Isso se deve por conta do alto valor da unidade de *bitcoin*<sup>6</sup>.

A constatação da finitude da emissão de *bitcoins* tem levado a questionamentos acerca da própria manutenção do sistema. A preocupação repousa no fato de que é a remuneração dos usuários que dedicam seus equipamentos para solução das equações que sustentam o sistema, através da emissão de fração de *bitcoins* (mineração), o estímulo para funcionamento dessa grande engrenagem. Sem essa contraprestação, ou seja, com o fim da emissão de *bitcoins* pela mineração, essa rede se sustentaria? A resposta a essa indagação está nas taxas de transação (*transaction fees*), constantes da programação de Satoshi, que servem para continuar remunerando os “nós” do sistema (CASEY; VIGNA, 2015). Comparativamente aos valores das tarifas praticadas pelas instituições bancárias, essa taxa para autenticação das operações é pequena, normalmente fixada em 0,0005 *bitcoin*, ou, em muitas vezes, nem é cobrada (TAYLOR, 2013). Assim, ainda que não existam mais *bitcoins* para serem incorporados ao sistema, cada uma das operações de registro entre os usuários é taxada para que permaneça o estímulo individual à manutenção do interesse coletivo.

Por fim, outra característica importantíssima do *bitcoin* é sua independência em relação à atuação de um terceiro, seja esse terceiro um governo ou uma instituição bancária.

No sistema bancário os correntistas precisam da atuação do banco para enviarem valores de uma conta para outra, pagarem contas ou quaisquer outras operações. Tudo isso é feito mediante o pagamento de taxas e outros valores. O mesmo ocorre nas operações realizadas por meio de cartões de crédito, onde há a cobrança de valores pelas operadoras em razão da utilização dos serviços de crédito e débito dispostos, bem como nas remessas de dinheiro de um país para outro envolvendo instituições financeiras com representação internacional. Assim, um trabalhador que queira enviar dinheiro para sua família em outro país precisará contratar os serviços remunerados de uma instituição financeira.

---

6

Em 09.06.2018 1 bitcoin era cotado no valor de R\$ 29.935,00.

Esse cenário muda completamente com a adoção do sistema *bitcoin*. Nesse caso, as transações são realizadas com a tecnologia *peer to peer* (ponto a ponto), ou seja, diretamente entre as partes envolvidas, sem a necessidade da atuação de um terceiro intermediando a operação. É feito o registro de débito de determinado valor da carteira virtual da qual se origina o montante e, de outra parte, a anotação de crédito na carteira virtual destinatária, de forma direta, sem a intervenção de qualquer entidade privada ou governamental.

Essa engenhosidade decorre, mais uma vez, de ideais do movimento *cyberpunk*, que pregava a liberdade de manifestação e anonimato na internet, afastada a intervenção do Estado. No caso do *bitcoin* se logrou desenvolver um sistema de transmissão de valores com funcionamento totalmente alheio à atuação estatal.

Além disso, não se olvide que o *bitcoin* foi lançado em 2008, época na qual o mercado financeiro global enfrentava a crise econômica decorrente da falência do banco americano Lehman Brothers e de várias outras instituições financeiras que tiveram que se socorrer de capital estatal a partir da intervenção de diversos governos de países afetados pela crise (TAPSCOTT; TAPSCOTT, 2016).

O *bitcoin* se mostrava como uma alternativa ao sistema bancário que claramente não era confiável. Além disso, a ausência de um terceiro nas operações permitia a redução de custos, preservando os valores envolvidos nas transações.

Dessa forma, em apertada síntese, o *bitcoin* é um sistema de livro-caixa digital que permite a transferência de valores entre seus usuários através da técnica criptográfica de *blockchain*, de forma difusa, e sem a necessidade de participação de terceiros. Cabe analisar, à luz da teoria econômica, a definição de *bitcoin* ao conceito de moeda, sendo este o propósito do próximo tópico.

## 2. TEORIAS DA MOEDA

A moeda é, definitivamente, um dos fatores responsáveis pela evolução das sociedades humanas. Harari a define como sendo “um meio universal de troca que permite que as pessoas convertam quase tudo em praticamente qualquer coisa” (HARARI, 2011).

Sem a invenção da moeda não haveria cenário possível para o desenvolvimento de agrupamentos humanos minimamente complexos. Em uma visão elementar, não seria possível que nas sociedades agrícolas o produtor de raízes trocasse sua produção por um bocado de leite nos dias em que o dono da vaca não quisesse comer tubérculos. A necessidade da dupla coincidência de interesses nas relações de troca é impedimento intransponível para a circulação de riquezas e fomento da economia. Uma economia fundada em simples escambo não tem aptidão para crescimento (MANKIWI, 2018).

No âmbito da economia foram desenvolvidas teorias que tem a moeda como objeto de estudo, se destacando as teorias cartalista e metalista. A teoria cartalista defende ser a moeda uma criatura originada do Estado, que a utiliza, eminentemente, como unidade de conta e meio de pagamento (LERNER, 1947). Diferindo de Lerner, Knapp entende que moeda, não obstante tenha sua gênese no Estado, não tem como característica inata ser um meio de troca (KNAPP, 1905). Na verdade, moeda seria mais

do que um meio de troca, se constituindo como uma forma de pagamento que, no momento da efetivação das trocas de mercadorias, preserve sua condição de valor. No entanto, essa característica exige a atuação do Estado, pelo que, ambos concordam quanto à necessidade da origem estatal da moeda, de modo a se utilizar desse instrumento de sistema monetário de pagamentos.

Keynes (1930), a partir do pensamento de Knapp, entende a moeda como ponto central do sistema monetário das economias capitalistas, em razão da necessidade de regulação estatal desse meio de pagamento, que tem alcance nos institutos contratuais atuais e futuros.

Em oposição ao pensamento de Knapp, Mises (1934) defende a existência de duas classificações para análise da moeda. Uma primeira, catalática, que se preocupa com sua função de meio de troca, possui grande enfoque na lei demanda, e outra acatalática, cuja preocupação é a definição estatal do que seja moeda.

É interessante notar a articulação de Goodhart (1998), ao retomar o raciocínio das teorias cartalistas, no sentido de que não seria possível a existência de uma moeda não reconhecida pelo Estado, ainda que as teorias que sustentassem o contrário se assentassem em premissas de diminuição de gastos dos custos de transação. No entanto, seu estudo analisava a moeda nos países na zona do euro, sob a perspectiva supranacional/comunitária. Não se imaginava, ainda, o que viria 10 anos depois com a divulgação do trabalho de Satoshi.

Pela teoria metalista, a moeda é vista como um fenômeno social, responsável pela realização de trocas indiretas de bens e serviços (tendo papel secundário as funções de unidade de contagem e reserva de valor), cujo processo de formação independe da participação do Estado. O nome da teoria remete à predileção pela determinação de metais como moeda (*v.g.* ouro e prata), ante suas características de durabilidade e divisibilidade. Além disso, para os metalistas, o valor intrínseco do objeto escolhido como moeda é determinante para sua definição como tal (SCHUMPETER, 1994: 63, apud BELL, 2001).

Para fins do nosso estudo, serão desconsideradas as teorias acataláticas e cartalistas, uma vez que se fundam no reconhecimento estatal da moeda, sendo que, no caso do *bitcoin*, esse fato não existe. Não há intervenção do Estado na sua aplicação, criação ou desenvolvimento, de modo que, de plano, já se verifica que jamais poderia ser identificado como moeda sob a ótica das teorias acataláticas e cartalistas.

Fixado que a teoria metalista é a que permite a continuidade do desenvolvimento do nosso estudo, é importante frisar o ponto determinante do elemento confiança na definição de moeda. Com efeito, sejam sementes de cevada, conchas, ouro, prata, moedas metálicas ou papel-moeda, a confiança das pessoas naquele instrumento de trocas indiretas de bens e serviços é essencial.

A confiança do *bitcoin* é inerente à tecnologia de criptografia a partir da qual foi desenvolvido. A utilização de *blockchain* em rede difusa de computadores, conforme explicado alhures, confere segurança e auditabilidade a todas as transações, permitindo sua verificação por qualquer usuário da rede.

Não se olvidando de casos como o do administrador de carteiras virtuais Mt. Gox<sup>7</sup>, que, em fevereiro de 2014, após um ataque de hackers, sofreu prejuízos astronômicos que levaram à sua falência por conta do acesso indevido aos dados de seus clientes, tem-se que a técnica de criptografia por *blockchain*, analisada em si mesma, é muito segura, exigindo-se, assim, o desenvolvimento de ferramentas seguras às chamadas casas de câmbio virtuais. Atualmente são múltiplos os procedimentos adotados pelos administradores desses negócios virtuais, com a execução de rigorosos protocolos de segurança. De qualquer forma, todos casos registrados de subtração de *bitcoins* envolveram falhas nos sistemas responsáveis pela administração das carteiras virtuais, não tendo nenhum deles versando acerca de defeitos na segurança da tecnologia do *bitcoin* propriamente dita.

É senso comum dos manuais de economia que a moeda se presta, basicamente, a três propósitos, servindo como (i) meio de troca, (ii) unidade de contagem, e (iii) reserva de valor (MANKIW, 2011).

Funcionando como meio de troca, a moeda evita o já mencionado problema da dupla coincidência de interesses nas relações de escambo. Com o emprego da moeda supera-se o problema da necessidade de convergirem os interesses de troca dos agentes envolvidos na relação. A partir da adoção da moeda como padrão de troca é possível que o sapateiro compre pão do padeiro sem que este precise de um novo par de sapatos. A moeda passa a ser, portanto, o instrumento utilizado para aquisição de bens e serviços em razão da confiança de que aquele pedaço de papel colorido ou de metal cunhado será aceito em razão das inscrições nele existentes, por pessoas que nunca se viram na vida.

A análise do atributo “meio de troca” exige o estudo de outra característica da moeda, qual seja, sua liquidez. Por liquidez entende-se a facilidade com a qual um ativo pode ser negociado para aquisição de outros bens e serviços (MANKIW, 2011). Assim, a moeda é, por excelência, o ativo com maior liquidez, já que tem como uma de suas funções servir como meio de troca.

Para cuidar-se do *bitcoin* como meio de troca, antes é ilustrativo trazer o caso de um ativo com liquidez limitada. Nas prisões o cigarro é comumente utilizado como meio para trocas indiretas, sendo empregado para transações envolvendo a aquisição de outros gêneros dentro do cárcere, como itens de higiene pessoal e alimentos. No entanto, essa característica é adstrita aos limites dos estabelecimentos penitenciários, não se prestando como meio de aquisição de bens e serviços em outras situações fora daquele contexto. Pelo que, em razão dessa limitação de sua liquidez, não pode ser considerado como moeda.

No caso do *bitcoin*, em que pese haver registro da sua utilização para a compra de imóveis<sup>8</sup> e, inclusive, do funcionamento de caixa eletrônico em São Paulo para o saque,

---

7

WIKIPEDIA. *Mt. Gox*. Disponível em: <[https://en.wikipedia.org/wiki/Mt. Gox](https://en.wikipedia.org/wiki/Mt._Gox)>. Acesso em: 8 maio. 2018.

8

ÉPOCA NEGÓCIOS. *Bitcoins ganham espaço na compra de imóveis de alto padrão no país*. Agência Reuters, 22 de dezembro de 2017. Disponível em: <<https://epocanegocios.globo.com/Mercado/noticia/2017/12/epoca-negocios-bitcoins-ganham-espaco-na-compra-de-imoveis-de-alto-padrão-no-pais.html>>. Acesso em: 3 abr. 2018.

em reais, do ativo virtual<sup>9</sup>, seu emprego, atualmente, ainda acaba adstrito ao mercado *on line*. Além disso, conforme apontado por Yermack (2013), o grande volume das transações envolvendo *bitcoin* é de cunho especulativo, isto é, são operações de compra e venda praticadas entre portadores de carteiras virtuais objetivando lucro com a oscilação da cotação diária e não propriamente para a aquisição de bens.

No entanto, essa atividade de especulação pode ser encarada sob outro viés, já que, de qualquer maneira, acaba atraindo mais investidores e, via de consequência, incrementando a circulação do *bitcoin* (ULTICH, 2014).

Outra crítica de Yermack no tocante à característica de meio de troca, é que a aquisição de *bitcoin* exige o exercício da atividade de mineração ou a aquisição, através de moedas nacionais, o que dificulta sua circulação. Todavia, a mesma situação ocorre quando se busca adquirir moeda estrangeira para uma viagem, por exemplo. É necessária a atuação de uma casa de câmbio ou de uma instituição bancária autorizada para a realização da compra do ativo. Da mesma forma, através dos serviços de uma administradora de carteiras virtuais, mediante transferência bancária, são adquiridos *bitcoins* que, por outro lado, podem ser vendidos e liquidados em moeda oficial local, da mesma forma.

Como unidade de contagem, uma moeda se presta a fixar valor aos bens e serviços, servindo de padrão para a medida de seus valores. Nesse ponto repousa a maior dificuldade do *bitcoin* dentro da análise das funções da moeda, ou seja, a sua volatilidade. Como parâmetro da grande volatilidade do ativo virtual, registre-se que em 2018, até o dia 03 de maio, por 43 vezes a volatilidade diária foi maior do que \$ 1,000 (mil dólares americanos)<sup>10</sup>. Essa grande alternância em seus valores em tão curto espaço de tempo decorre, especialmente, do caráter especulativo da maioria dos investidores nesse ativo digital, conforme apontado por pesquisas indicadas por LOI (2018).<sup>11</sup>

Por fim, como reserva de valor, uma moeda permite sua troca por bens e serviços em tempo futuro, à escolha de seu titular. Outra vez é ínsita a característica da confiança, ficando claro que a falta dela como reserva de valor é determinante para entender as situações nas quais muitas economias naufragaram, como a Alemanha pós primeira guerra mundial, o Brasil nos anos 80, a Argentina nos anos 90 e, atualmente, a Venezuela (CASEY; VIGNA, 2015).

Sem confiança na moeda como reserva de valor, as pessoas tendem a se desfazer dela, buscando outras formas de indexação de seus bens e valores, como moeda estrangeira, ouro. Sem a confiança de se saber que a quantificação fixada hoje para determinado bem, *v.g.*, um pão, será a mesma amanhã, não há ambiente para o desenvolvimento econômico sadio. É justamente esta situação a tratada pela Lei de Gresham, sob

---

9

TOZETTO, Claudia. Caixa eletrônico de bitcoins movimentou R\$ 180 mil em dois meses. *Veja*, 31 de julho de 2014. Disponível em: <<https://veja.abril.com.br/tecnologia/caixa-eletronico-de-bitcoins-movimentou-r-180-mil-em-dois-meses/>>. Acesso em: 10 jun. 2018.

10

GODBOLE, Omkar. *Daily Volatility Decline? Bitcoin Has Seen \$1K Range 43 Times In 2018*. 3 de maio de 2018. Disponível em: <<https://www.coindesk.com/daily-volatility-decline-bitcoin-seen-1k-range-43-times-2018/>>. Acesso em: 10 jun. 2018.

11

GOLDMAN SACHS, 2014; HENCIC; GOURIEROUX, 2015; CHEUNG et al., 2015; CHEAH; FRY, 2015.

a famosa expressão *bad money drives out good* (a moeda ruim expulsa a moeda boa – em livre tradução) (SULLIVAN, 2005).

Mais uma vez a volatilidade do valor do *bitcoin* atrapalha seu emprego como reserva de valor, justamente porque não se tem certeza de seu poder de compra em uma projeção de futuro.

Nesse sentido, a Comissão de Valores Mobiliários (CVM), através do Ofício Circular nº 1/2018/CVM/SIN, de 12.01.2018<sup>12</sup>, proibiu fundos de investirem em *bitcoins* e outras moedas virtuais, ante o risco no tocante à sua utilização como reserva de valor.

Doutro giro, não procedem as críticas feitas por Yermack no tocante à característica imaterial do *bitcoin*, na medida em que hodiernamente a grande maioria das transações bancárias são feitas de forma virtual, através de internet banking, caixas eletrônicos, cartões de crédito e de débito, sem a utilização de papel-moeda, o que não inviabiliza o seu reconhecimento como moeda.

### 3 TEOREMA DA REGRESSÃO DE MISES

O teorema da regressão de Ludwig Von Mises foi desenvolvido para explicar a origem do dinheiro, tendo sido apresentada pela primeira vez na obra "Theorie des Geldes und der Umlaufsmittel" (Teoria do Dinheiro e da Moeda Fiduciária) (1924).

Antes do desenvolvimento do teorema da regressão, a ciência econômica se separava com o "problema da circularidade", pelo qual, aparentemente, não se conseguia determinar o preço da moeda, uma vez que sua utilidade dependia de seu valor pré-existente, sendo que a utilidade da moeda não é intrínseca, ou seja, não se revela em seu consumo próprio, mas sim como forma de aquisição de bens e serviços (IORIO, 2010).

A solução proposta por Mises exige o raciocínio regressivo do valor da moeda, dia a dia, até o ponto em que se possa determinar qual era o valor da moeda como utilidade própria, inerente a si mesma, momento este em que ela deixou de ser um bem de consumo e passou a servir como meio de pagamento indistintamente aceito (DAVIDSON; BLOCK, 2015).

Mises demonstra que a moeda, propriamente, não é criação do governo, mas sim decorrência da aceitação geral da utilidade dela pela sociedade. Pelo que, antes dessa aceitação como elemento indistinto de troca, a moeda passou pelo processo de valorização de sua utilidade própria (MISES, 1949).

Usando como referência o ouro, temos que, antes de ser aceito como elemento indistinto de troca, o metal possuía seu valor próprio para confecção de adornos. A partir do momento em que sua aceitação, pelo valor da sua utilidade, atingiu o grau de permitir a realização de trocas indiretas indistintas, tem-se a origem da moeda, calculando-se, a partir daí, seu valor, sua utilidade, sua demanda.

---

12

COMISSÃO DE VALORES MOBILIÁRIOS. *Ofício Circular n. 1/2018/CVM/SIN*. Disponível em: <<http://www.cvm.gov.br/export/sites/cvm/legislacao/oficios-circulares/sin/anexos/oc-sin-0118.pdf>>. Acesso em: 8 maio. 2018.

Analisando o *bitcoin* a partir do teorema da regressão, temos, como vantagem, a precisão da determinação do momento de seu lançamento. Em 03 de janeiro de 2009 surgiu o primeiro bloco de *bitcoins*, tendo sido realizado em 05 de outubro de 2009 a primeira conversão em dólar, equivalendo 1 dólar a 1.309,03 BTC, sendo que em 22 de maio de 2010 foi realizada a primeira transação com *bitcoin*, o pagamento de uma pizza com 10 mil moedas, equivalentes a 25 dólares na época.

Assim, desde o início, o *bitcoin* teve utilidade própria (ULTICH, 2017). O projeto, desde seu nascedouro, tinha valor estipulado das unidades, ainda que para os poucos usuários iniciais. Ao longo do tempo, com a percepção das funcionalidades dispostas pela iniciativa, tais como a privacidade, o baixo custo das operações, a não intervenção de terceiros, o alcance mundial, seu valor de utilidade própria aumento vertiginosamente.

Outro ponto a ser sopesado é que o fato de não ter existência material não impede o reconhecimento da utilidade do *bitcoin*. Nesse sentido, é só lembrarmos de que atualmente a grande maioria das transações envolvendo moedas reconhecidas pelos governos são feitas eletronicamente, através de computadores, cartões de créditos, aplicativos e outras formas de tecnologia, de forma que o papel-moeda vem sendo substituído gradativamente.

## Conclusão

A cada dia se verifica que o *bitcoin* tem se consolidado como um meio de troca indiretas de bens e serviços com alto grau de difusão, havendo, assim, incremento na sua liquidez. No entanto, seu atual estágio de aceitação ainda não permite sua classificação como moeda, haja vista que, por ora, ainda não cumpre com propriedade as funções que se espera de uma moeda, quais sejam, servir como meio de troca, unidade de contagem e reserva de valor. Muito dessa dificuldade é atribuída à volatilidade com a qual o ativo virtual é comercializado nas casas de câmbio virtuais. A multiplicidade de transações envolvendo as carteiras virtuais de *bitcoins* faz com que em um intervalo de horas seu valor atinja grandes variações. No entanto, essa volatilidade pode ser entendida como uma etapa de na fixação da liquidez do ativo. Só o futuro dirá o que será do *bitcoin*. De qualquer forma, a enormidade de transações na internet é um reflexo da confiança que vem sendo depositada pelo mercado, aí se incluindo o pagamento até de imóveis através do ativo virtual. Sopese-se, todavia, que sob o aspecto da aplicação do teorema da regressão de Mises, que explica a origem do dinheiro, o *bitcoin* observa o paradigma da escola austríaca. Pelo que, em um mundo cada vez mais digital, o *bitcoin* tem aptidão para atingir a liquidez apta a mudar seu patamar.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABRAMOWICZ, Michael. *Autonocoin: A Proof-of-Belief Cryptocurrency*. ISSN 2379-5980. DOI 10.595/Ledger.2016.37.

AGGIO, Gustavo de Oliveira; ROCHA, Marco Antonio da. Dois momentos para a teoria cartalista da moeda – De Knap a Goodhart. *Revista da ANPEC – Associação Nacional dos Centros de Pós-Graduação em Economia*. v. 10, n. 1, 2009.

BANKING ON BITCOIN. *Direção: Chistopher Cannucciari*. 2016.

BLUNDELL-WIGNALL, Adrian. The Bitcoin Question: Currency versus Trust-less Transfer Technology. *OECD Working Papers on Finance, Insurance and Private Pensions*, No. 37, 2014. OECD Publishing. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1787/5jz2pwjd9t20-en>>.

CASEY, Michael, J. VIGNA, Paul. *The Age of Cryptocurrency: How Bitcoin and Digital Money Are Challenging the Global Economic Order*. E-book edition. 2015.

COMISSÃO DE VALORES MOBILIÁRIOS. *Ofício Circular n. 1/2018/CVM/SIN*. Disponível em: <<http://www.cvm.gov.br/export/sites/cvm/legislacao/oficios-circulares/sin/anexos/oc-sin-0118.pdf>>. Acesso em: 8 maio. 2018.

DAVIDSON, Laura; BLOCK, Walter E. Bitcoin, the regression theorem, and the emergence of a new medium of exchange. *The quarterly journal of austrian economics*. v. 18, n. 3, p. 311-338. Fall 2015.

DE FILLIPI, Primavera; WRIGHT, Aaron. *Blockchain and the law: the rule of code*. Harward Universiy Press, 2018. edição digital.

ÉPOCA NEGÓCIOS. Bitcoins ganham espaço na compra de imóveis de alto padrão no país. *Agência Reuters*, 22 de dezembro de 2017. Disponível em: <<https://epocanegocios.globo.com/Mercado/noticia/2017/12/epoca-negocios-bitcoins-ganham-espaco-na-compra-de-imoveis-de-alto-padrao-no-pais.html>>. Acesso em: 3 abr. 2018.

GODBOLE, Omkar. *Daily Volatility Decline? Bitcoin Has Seen \$1K Range 43 Times In 2018*. 3 de maio de 2018. Disponível em: <<https://www.coindesk.com/daily-volatility-decline-bitcoin-seen-1k-range-43-times-2018/>>. Acesso em: 10 jun. 2018.

GOODHART, C. A. E. Two concepts of money: Implications for the analysis of optimal currency areas. *European Journal of Political Economics*, v. 1, p. 407–432, 1998.

HARARI, Yuval Noah. *Sapiens: uma breve história da humanidade*. 2011. edição digital.

HAYNES, Paul; O'BROLCHÁIN, Fiachra; REIJERS, Wessel. *Governance in Blockchain Technologies & Social Contract Theories*. 2016.62.

IORIO, Ubiratan Jorge. *A teoria monetária austríaca*. Disponível em: <<https://www.mises.org.br/Article.aspx?id=697>>. Acesso em: 1 jun. 2010.

KEYNES, J. M. A treatise on money. In *The Collected Writings of John Maynard Keynes*, Macmillan, Londres. v. 5 e 6. 1930.

KNAPP, G. F. *The State Theory of Money*. San Diego: Simon Publications 2003, 1905.

LERNER, A. P. Money as a creature of the state. *American Economic Review*, v. 37, p. 312–317, 1947.

LOI, Hio. The liquidity of bitcoin. *International Journal of Economics and Finance*; v. 10, n. 1; 2018.

MANKIW, N. Gregory. *Macroeconomia*. Tradução Ana Beatriz Rodrigues. 8. ed. Edição eletrônica. 2018.

MENGER, K. On the origin of money. *Economic Journal*, v. 2, p. 238–55, 1892.

MISES, Ludwig von. *Ação humana: Um tratado de economia*. Tradução Donald Stewart Jr. Yale Press University, 1949.

NAKAMOTO, Satoshi. *Bitcoin: A Peer-to-Peer Electronic Cash System*. 2009. Disponível em: <<https://bitcoin.org/bitcoin.pdf>>. Acesso em: maio 2018.

POPOV, Serguei. A Probabilistic Analysis of the Nxt Forging Algorithm. 2016.46.

SULLIVAN, Noel. Gresham's Law, Fact or Falsehood? *Student Economic Review*, v. 19, 2005.

TAPSCOTT, Alex; TAPSCOTT, Don. *Blockchain Revolution*. Edição digital. 2016.

TAYLOR, M. , "Bitcoin and The Age of Bespoke Silicon". *International Conference on Compilers, Architecture and Synthesis for Embedded Systems (CASES)*, n. 13898761, Montreal, QC, Canada, 29/09 – 04/10. 2013.

TOZETTO, Claudia. Caixa eletrônico de bitcoins movimentou R\$ 180 mil em dois meses. *Veja*, 31 de julho de 2014. Disponível em: <<https://veja.abril.com.br/tecnologia/caixa-eletronico-de-bitcoins-movimentou-r-180-mil-em-dois-meses/>>. Acesso em: 10 jun. 2018.

ULTICH, Fernando. *Bitcoin: A moeda na era digital*. 2014. Misses brasil. Edição digital.

YERMACHK, David. Is Bitcoin a real currency? An economic Appraisal. *Working Paper*, n. 19747. December 2013. Revised April 2014.

VILLARREAL ROBLEDOS, Omar Eliud. The Ontological Sociology of Cryptocurrency: A Theoretical Exploration of Bitcoin. *Electronic Theses and Dissertations*. 2016. 5119.

WIKIPEDIA. *Mt. Gox*. Disponível em: <[https://en.wikipedia.org/wiki/Mt.\\_Gox](https://en.wikipedia.org/wiki/Mt._Gox)>. Acesso em: 8 maio. 2018.

WIKIPÉDIA. *Silk Road*. Disponível em: <[https://pt.wikipedia.org/wiki/Silk\\_Road](https://pt.wikipedia.org/wiki/Silk_Road)>. Acesso em: 3 abr. 2018.





## A IMPORTÂNCIA DA FUNÇÃO REGULATÓRIA DA ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO EM UM CONTEXTO DE CRISE ECONÔMICA MUNDIAL, DESGLOBALIZAÇÃO E PROTECIONISMO DO EUA

*Anderson Vichinkeski Teixeira<sup>1</sup>,  
Francisco Soares Campelo Filho<sup>2</sup>*

### RESUMO

Muito tem se debatido no que concerne o comércio internacional sobre o papel da Organização Mundial do Comércio – OMC. Os debates têm se dado em face de diversos elementos que vêm contribuindo para enfraquecer a importância da OMC como instituição capaz de regular (e liberalizar) o comércio entre os países, trazendo oportunidades aos países desenvolvidos e melhores perspectivas aos países em desenvolvimento, inclusive e especialmente no âmbito social. As transformações mundiais, como o incremento do comércio digital, a escassez de alimentos em diversos países, o problema do direito à água, e a proliferação de acordos comerciais multilaterais, fora do campo de interferência e atuação da OMC, são importantes elementos trazidos à discussão pelos que apontam, inclusive, para um fim da OMC. Aliado ainda a estes elementos surge para emoldurar este quadro de crise o pensamento de desglobalização, infundindo um ataque contra a globalização e apontando a OMC como responsável também pelos problemas sociais dos países em desenvolvimento. Some-se ainda a política que vem sendo adotada pelo presidente norte americano Donald Trump que tem imposto medidas protecionistas ao mercado interno, inclusive aplicando sobretaxas a produtos estrangeiros. Assim, o presente artigo analisa as críticas que são feitas à OMC, não sem fazer antes uma contextualização histórica do seu surgimento e da sua missão, para, em seguida, demonstrar que aquelas (as críticas), em que pese terem fundamentos que as justificam, não eliminam a importância da OMC na regulação do comércio internacional, tendo ainda uma relevante importância para o próprio desenvolvimento e inclusão social, mormente nos países em desenvolvimento.

<sup>1</sup> Doutor (2009) em Teoria e História do Direito pela Università degli Studi di Firenze, com período de estágio doutoral na Université Paris Descartes-Sorbonne (2007-2008). Estágio pós-doutoral (2010) junto ao Departamento 'Teoria e Storia del Diritto' da Università degli studi di Firenze. Mestre em Direito do Estado pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (2005). Graduado em Ciências Jurídicas e Sociais pela mesma Instituição (2003). Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito (Mestrado e Doutorado) da Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS). Advogado e consultor jurídico.

<sup>2</sup> Mestre em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (Rio Grande do Sul). Doutor em Direito e Políticas Públicas pela UNICEUB. Pós Doutorando em "New Technologies and Law" pela Università Mediterranea di Reggio Calabria (Reggio Calabria - Itália). Atualmente é Diretor Regional do SESC/AR/MG, Conselheiro do SEBRAE-PI, professor da Escola Superior da Magistratura- ES-MEPI.

**PALAVRAS-CHAVE:** Organização Mundial do Comércio. Regulação. Comércio internacional. Desglobalização. Protecionismo.

**THE IMPORTANCE OF THE WORLD TRADE ORGANIZATION'S REGULATORY FUNCTION IN THE CONTEXT OF THE GLOBAL ECONOMIC CRISIS, DEGLOBALIZATION AND PROTECTIONISM IN THE USA**

**ABSTRACT**

Much has been debated regarding the international trade on the role of the World Trade Organization (WTO). Discussions have been in the face of a number of factors contributing to weakening the importance of the WTO as an institution capable of regulating (and liberalizing) trade between countries, providing opportunities for developed countries and better prospects for developing countries, including in the social sphere. Global transformations, such as the increase in digital commerce, the scarcity of food in many countries, the problem of the right to water, and the proliferation of multilateral trade agreements, outside the field of interference and action by the WTO, are important elements brought to the discussion which even point to an end to the WTO. In addition to these elements, the idea of de-globalization is framed in this crisis, infusing an attack against globalization and pointing to the WTO as also responsible for the social problems of developing countries. Add to that the policy that has been adopted by US President Donald Trump, who has imposed protectionist measures on the domestic market, including by applying surcharges to foreign products. Thus, the present article analyzes the criticisms that are made to the mission of WTO, in order to demonstrate that those (critics), despite having grounds that justify them, do not eliminate the importance of the Organization in the regulation of international trade, and it is also important for development and social inclusion, especially in developing countries.

**KEYWORDS:** World Trade Organization, regulation, international trade, deglobalization, protectionism.

## Introdução

No atual contexto mundial, de crises sanitárias, econômicas e ambientais, com tendências (des)globalizantes em que as próprias fronteiras geográficas têm servido apenas para definir limites territoriais de proteção militarizada, muito debates políticos e estudos acadêmicos têm sido produzidos ainda sobre a questão da soberania e da interferência de organismos internacionais em setores essenciais dos Estados (ainda tidos por) soberanos. Não se olvida que a soberania, ao delimitar as fronteiras geográficas, foi elemento balizador para a divisão dos territórios entre os países, para a atribuição das nacionalidades e reconhecimento dos direitos fundamentais, para a exploração das riquezas naturais em todas as suas vertentes e para a definição de competências, limites e fins do Estado. Todavia, as próprias fronteiras passaram a ter suas importâncias mitigadas em face dos diversos processos de globalização que caracterizaram o século XX, maximizando a crise de soberania<sup>3</sup> com o progressivo surgimento desses

---

<sup>3</sup> Uma definição breve do conceito de soberania seria tarefa hercúlea de se oferecer nesta sede. Todavia, recordamos a clássica definição de Jean Bodin como *suprema potesta superiorem non recognoscens*, oferecida em sua obra de 1576. No original assim se expressa: "souveraineté est que la puissance absolue et perpétuelle a investi dans un République." BODIN, Jean. **Les six livres de la République**. Genève, 1629, Livro I, Cap. VIII. Em sentido semelhante, cerca de 200 anos mais tarde, Emmer de Vattel colocou o referido conceito nos seguintes termos: "Sovereignty is the public authority which commands in civil society and which regulates and directs what each member must do to attain the end of the society. This authority belongs originally and essentially to the whole body of the society, to which each member in submitting himself yielded his natural right of directing his conduct according to his own reason and good pleasure and of seeing for himself that justice was done him." VATTEL, Emmer de. **Law of Nations or the Principles of Natural Law Applied to the Conduct and to the Affairs of Nations**

organismos internacionais, como a ONU, OMC, NAFTA, MERCOSUL, UNIÃO EUROPEIA etc.<sup>4</sup>

Neste cenário conflituoso, em uma sociedade de mercado<sup>5</sup> como a atual, o comércio internacional vem sendo afetado sobremaneira e a Organização Mundial do Comércio (OMC) passa a ter o seu papel questionado, seja na sua capacidade de resolução dos conflitos, seja na sua competência para as novas questões, tais como: direito à água, à segurança alimentar e a implementação da “Agenda Digital”. Nesse sentido, o presente artigo faz uma análise crítica acerca do necessário protagonismo regulatório da OMC para questões como essas referidas e, de modo geral, para o comércio internacional. Paralelamente, discutiremos aspectos importantes e bastante atuais correlatos ao problema central, como a (des)globalização e os chamados acordos multilaterais. Também é objeto de análise aqui a atual política estadunidense que vem sendo adotada pela gestão Trump, cujas medidas protecionistas ao mercado interno implicam em sobretaxas a produtos estrangeiros.

Do ponto de vista metodológico, a pesquisa encontra-se estruturada em uma primeira abordagem analítico-descritiva sobre a importância da OMC para o comércio internacional, partindo do seu surgimento, mas já apontando aspectos que a levaram a ser questionada atualmente – inclusive ao extremo de ter que enfrentar defensores de sua própria extinção. É ainda neste tópico que alguns dos novos problemas citados (direito à água, à segurança alimentar e a implementação da “Agenda Digital”) serão abordados com um maior detalhamento, introduzindo as críticas que vêm sendo feitas em relação a cada um destes temas, até para que mais adiante se possa analisar com maior precisão a exata repercussão deles sobre o papel da OMC.<sup>6</sup>

Torna-se relevante tratar da (des)globalização e dos acordos multilaterais no comércio internacional em momentos específicos da pesquisa porque se constituem fontes de críticas à OMC e sua função no atual cenário internacional. Também se insere

---

**and of Sovereigns.** New York: William S. Hein & Co, Inc., 1995, p. 20. Para uma análise sobre a crise da soberania em face dos processos de globalização, ver também TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. **Teoria Pluriversalista do Direito Internacional.** São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011.

<sup>4</sup> Bolzan de Moraes, fazendo referência a Gustavo Zagrebelsky, aponta as quatro vertentes, distintas, mas não excludentes, que demonstram o desgaste da noção de soberania: “1. O pluralismo político-social interno, que se opõe à própria ideia de soberania e de sujeição; 2. Formação de centros de poder alternativos e concorrentes com o Estado que operam no campo político, econômico, cultural e religioso, frequentemente em dimensões totalmente independentes do território estatal; 3. A progressiva institucionalização de “contextos” que integram seus poderes em dimensões supraestatais, subtraindo-os à disponibilidade dos Estados particulares e; 4. A atribuição de direitos aos indivíduos, os quais podem fazê-los valer perante jurisdições internacionais em face dos Estados a que pertencem.” E continua Bolzan mais adiante: “Para Nicolás López Calera, desde o final do século passado o destino das nações não estaria mais vinculado à ideia de constituir-se como Estado Nacional, mas sobretudo colaborar para a democratização daqueles já existentes e, mais ainda, em contribuir para a construção de estruturas supranacionais, as quais apareceriam como os “novos” Estados no século XXI. Com isso as interrogações relativas ao futuro da instituição estatal, constituída pela modernidade, sob seu aspecto conceitual, nos conduz a refletir sobre a suficiência e eficiência dos elementos característicos que temos disponíveis, tais a ideia de povo, de território e, particularmente, de poder como soberania.” MORAIS, José Luis Bolzan de. *As crises do Estado.* In: J. L. Bolzan de Moraes (org.), **O Estado e suas crises.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, pp. 14-15.

<sup>5</sup> Sobre essa questão da sociedade de mercado ver: POLANYI, Karl. **La grand transformación.** Crítica del liberalismo económico. Madri: La Piqueta, 1997 e POLANYI, Karl. **Los límites del mercado. Reflexiones sobre economía, antropología y democracia.** Trad. Isidro López. Madrid: Editorial Capitán Swing Libros, 2014.

<sup>6</sup> Sobre o tema da segurança alimentar, ver o estudo de VIEIRA, Gustavo Oliveira; D’ORNELLA, Maria Cristina Gomes da Silva. *Direitos humanos e comércio internacional: a necessidade de construção de pontes por meio da segurança alimentar e os novos desafios da OMC.* **Nomos : Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC,** Vol. 32, n. 2, 2012, p. 179-203.

nessa abordagem uma discussão sobre a atual política protecionista estadunidense, o que termina por também enfraquecer o papel da OMC, tendo em vista sua incapacidade de adotar medidas impeditivas a tal políticas.

Estabelecidas as premissas críticas em desfavor da OMC, passa-se então ao último tópico: discutir, criticamente, a importância da OMC como instância reguladora do comércio internacional. Nesse sentido, sua dita função reguladora será sustentada como hipótese teórica para uma efetiva defesa do direito das águas, para uma limitação à desregulação do comércio digital, entre outros segmentos que demonstram a sua essencialidade nesse atual cenário de crise e tendências protecionistas por parte de grandes potências mundiais, como ocorre com os EUA na gestão Trump.

### 1. A Organização Mundial de Comércio (OMC): sua origem, relevância e crise

A Organização Mundial do Comércio (OMC) foi criada em 1995, sucedendo ao Acordo Geral sobre Tarifas e Comércio (GATT)<sup>7</sup>, que por sua vez havia sido criado no pós-Segunda Guerra (1947), como um conjunto de regras estabelecidas para regular o comércio mundial. A OMC teria por objetivo, dentre outros<sup>8</sup>, além de fazer com que o comércio mundial entre os países se realizasse de forma que houvesse um entendimento comum, regulado por uma única entidade, também possibilitar a abertura de novos mercados para bens e serviços<sup>9</sup>, atuando como uma espécie de “guarda-chuva institucional”<sup>10</sup> do chamado Sistema Multilateral de Comércio (SMC).<sup>11</sup>

Mesmo estando baseada na diplomacia, a OMC, dentro da esfera do comércio internacional, funciona como um regime semiautônomo, promulgando seus próprios procedimentos administrativos, normativos e jurisdicionais; portanto, há um certo grau de autossuficiência, considerando que o direito internacional somente será aplicado se não houver uma regra própria da OMC em sentido contrário. Assim, a OMC deveria desempenhar importante papel regulatório, buscando trazer estabilidade ao comércio mundial, evitando a criação de barreiras protecionistas por parte dos atores membros, em especial os países ricos, e protegendo os países mais pobres.

Parece ser algo pacífico o reconhecimento de que, mesmo em um cenário desfavorável, com a dissolução da União Soviética, em 1991, por exemplo, a OMC conquistou grandes e positivas vitórias no cumprimento de seu mister, inclusive estabelecendo importantes regras de comércio não discriminatório. A história comprova que desde a sua criação a OMC tem não só se expandido, com a adesão de mais membros, por meio de regulares negociações multilaterais, como também tem conseguido integrar diversas

---

<sup>7</sup> GATT. **The General Agreement on Tariffs and Trade**, 1947.

<sup>8</sup> O Acordo que estabelece a OMC determinou os objetivos da nova organização. Os termos negociados foram os seguintes: “As Partes reconhecem que as suas relações na área do comércio e das atividades econômicas devem ser conduzidas com vistas à melhoria dos padrões de vida, assegurando o pleno emprego e um crescimento amplo e estável do volume de renda real e demanda efetiva, e expandindo a produção e o comércio de bens e serviços, ao mesmo tempo que permitindo o uso ótimo dos recursos naturais de acordo com os objetivos do desenvolvimento sustentável, procurando proteger e preservar o ambiente e reforçar os meios de fazê-lo, de maneira consistente com as suas necessidades nos diversos níveis de desenvolvimento econômico.” GATT. **The Results of the Uruguay Round of Multilateral Trade Negotiations**, 1994.

<sup>9</sup> ALTMAN, Daniel. **O Futuro da Economia**. Trad. Afonso Celso da Cunha Serra. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011, p. 141.

<sup>10</sup> O termo aqui utilizado decorre da estrutura básica da formação da OMC, designada por *Umbrella Agreement* pela OMC.

<sup>11</sup> *Multilateral Trade System – MTS*, em inglês.

economias, anteriormente fora do sistema, pugnando pelo equilíbrio de direitos e obrigações e na formação dos valores fundamentais da economia de mercado, estabelecimento de regras e boa governança. Por estas e outras razões, sustenta-se que o papel da OMC é indispensável, não podendo ter suas funções substituídas por outro organismo.<sup>12</sup>

No entanto, há um outro aspecto a considerar – e que termina por colocar em dúvida a sua própria existência futura. Ocorre que, em que pese o fato de a maioria dos governos do mundo terem se comprometido a realizar o comércio por meio de uma única entidade internacional, a OMC tem sido cenário de manifestações do mais puro ódio ou da mais utópica esperança, o que a coloca sob o risco de ser a mais efêmera instituição internacional já constituída para a governança da economia global.<sup>13</sup>

A Rodada de Doha<sup>14</sup>, com negociações iniciadas em 2001, ainda se encontra em aberto, sendo considerada como um fracasso que coage de certa forma a função normativa sistêmica da OMC e ressalta mais amplamente as percepções negativas acerca da Organização.<sup>15</sup>

Outra crítica que costuma ser levantada diz respeito ao fato de que a OMC não estaria cumprindo a sua missão institucional de abrir novos mercados, limitando-se a funcionar apenas como instituição arbitral para resolver disputas.<sup>16</sup>

De fato, há de certa forma um descontentamento generalizado em face da OMC, até mesmo por parte das grandes potências mundiais, uma vez que, mesmo tendo obtido vantagens em disputas, referidos países passaram a questionar sobre o papel efetivo da Organização. Não se pode esquecer, todavia, que o contexto político, econômico e social no mundo tem se transformado bastante desde a época de criação da OMC,

---

<sup>12</sup> OSAKWE, Chiedu. Future of the Multilateral Trading System: Why the WTO Remains Indispensable?. *Asian Journal of WTO & International Health Law and Policy*, Vol. 10, n. 1, (March 30) 2015, p. 1-29.

<sup>13</sup> ALTMAN, Daniel. **O futuro da economia: As 12 tendências que vão transformar a economia global**. Trad. de Afonso Celso da Cunha Serra. Rio de Janeiro: Editora Elsevier, 2011, p.141. Aduz ainda o autor (p. 148) que A OMC fora constituída “como meio para conduzir os países menores ao longo da trajetória rumo à utopia do livre-comércio, sem o estorvo de barreiras e sob o impulso de vibrantes transações internacionais bem-sucedidas, mas que em verdade fora convertida em monstro.”

<sup>14</sup> Em novembro de 2001, em Doha, no Catar, foi lançada a Rodada de Doha da OMC, também conhecida como Rodada de Doha para o Desenvolvimento, por meio da qual os Ministros das Relações Exteriores e de Comércio comprometeram-se a buscar a liberalização comercial e o crescimento econômico, com ênfase nas necessidades dos países em desenvolvimento. As negociações da Rodada incluíam agricultura, acesso a mercados para bens não-agrícolas (NAMA), comércio de serviços, regras (sobre aplicação de direitos antidumping, subsídios e medidas compensatórias, subsídios à pesca e acordos regionais), comércio e meio ambiente (incluído o comércio de bens ambientais), facilitação do comércio e alguns aspectos de propriedade intelectual, além de uma discussão horizontal sobre tratamento especial e diferenciado a favor de países em desenvolvimento. Fora do mandato formal da Rodada, mas em paralelo a suas tratativas, eram discutidos aperfeiçoamentos das regras sobre solução de controvérsias. Ver BRASIL. MRE. **Rodada de Doha da Organização Mundial do Comércio**. Disponível em <http://www.itamaraty.gov.br/pt-BR/politica-externa/diplomacia-economica-comercial-e-financeira/694-a-rodada-de-doha-da-omc>

<sup>15</sup> Chiedu Osakwe aduz ainda que é este fracasso (Doha) e outros desafios herdados e recentes que vêm pesando negativamente sobre a OMC, e que vários desses desafios tornaram-se mais agudos devido a alterações no ambiente comercial internacional e de economias políticas domésticas. Ver OSAKWE, Chiedu. Future of the Multilateral Trading System, cit.

<sup>16</sup> Segundo Altman, nessa área de disputas, os países ricos sempre desfrutaram de forte vantagem, contando com mais dinheiro, com mais advogados, com mais expertise e com mais tempo para travar longas batalhas, enquanto as disputas serpenteavam entre diferentes instâncias, numa sucessão aparentemente infundável de sessões em comitês especiais e em órgãos recursais. ALTMAN, Daniel. **O Futuro da Economia**, cit. p. 143.

estando cada vez mais marcado uma progressiva complexidade. A sociedade moderna globalizada é, afinal, uma sociedade de mercado.<sup>17</sup>

Não se pode ignorar, também, que o contexto geral da economia global vem mudando rapidamente. Na gênese do GATT, em 1947, havia um grupo restrito a 23 Partes Contratantes. Em 1995, no início da existência da OMC, o grupo já era composto de 128 membros. Os resultados de 32 adesões completas expandiram a associação para 160<sup>18</sup>, o que aumentou consideravelmente o número de *players* no mercado internacional.

É fato inconteste que, não obstante a extensão do planeta, a população mundial enfrenta um desequilíbrio na destruição de alimentos, o que, em muitos casos, conduz milhões de pessoas à migração forçada em busca de melhores condições de vida, de um espaço onde possam viver em paz e com mínima dignidade. Outras tantas passam por necessidades extremas e, em situação de miséria, vivem em condições de degradação humana. Portanto, como pano de fundo do comércio mundial há o desafio de enfrentar os desequilíbrios relacionados à fome e à pobreza.

Em 1968, já na vigência do GATT, o biólogo Garrett Hardin publicou pequeno ensaio que viria a se tornar muito conhecido: o intitulado *The Tragedy of the Commons*<sup>19</sup> (A Tragédia dos Comuns), onde expõe os riscos da exploração livre e irrestrita de recursos naturais finitos. Hardin explica que se as pessoas passarem a utilizar individualmente um recurso em benefício próprio, sem pensar coletivamente, ou sem qualquer tipo de controle, o bem terminará por ser extinto, impossibilitando a continuidade de produção e o aproveitamento do recurso por todos. Parece óbvio, por certo! Se a pesca é livre, por exemplo, e é exercida de forma indiscriminada e sem regulamentação qualquer, tornar-se-á predatória e poderá conduzir, em algum tempo futuro, à extinção dos peixes.

*Mutatis mutandis*, a obviedade da análise inicial de Hardin se torna bastante complexa quando, em um cenário de globalização, o consumo passa a ser desenfreado, as fronteiras geográficas se abrem e os recursos naturais se tornam cada vez mais escassos. A sociedade torna-se, antes de tudo, uma sociedade de consumo. Recorde-se, para citar apenas alguns exemplos, o problema das águas, com a superexploração de aquíferos e desperdício de água, aliada à falta de chuvas e o excesso de utilização de energia elétrica por uma superpopulação; a extração predatória de madeira; a queima de combustíveis fósseis e conseqüente aquecimento global; e a destruição de habitats e a caça clandestina e predatória de diversos animais, como a de baleias pelo Japão.<sup>20</sup>

Esses são apenas alguns aspectos que terminam por chamar a atenção para o necessário protagonismo da OMC no comércio internacional, considerando que nestas ações exemplificadas, a exploração comercial é o fim, e não é realizada (tampouco com repercussões) apenas no âmbito do mercado interno. Ao que parece, a crise que a OMC

---

<sup>17</sup> Ver Nota 3.

<sup>18</sup> "There are not only a larger number of players in the multilateral trading system, but also the list of top traders has changed over time. In particular, the rise of emerging economies and the associated increase in their shares in world trade have transformed the balance of power in the multilateral trading system. For instance, the share of China in world merchandise trade increased tenfold, making the country the largest exporter of the world. The share of South-South trade has also increased threefold over the two decades." OSAKWE, Chiedu. *Future of the Multilateral Trading System*, cit., p. 20.

<sup>19</sup> HARDIN, Garret. *The Tragedy of the Commons*. *Science*, Vol. 162, n. 3859, p. 1243-1248.

<sup>20</sup> Ver ainda BECK, Ulrich. **Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade**. Tradução de Sebastião Nascimento. São Paulo: Editora 34; 2010.

enfrenta vai muito além das questões apontadas por Altman e Osakwe, considerando que, em verdade, o próprio papel da OMC vem sendo alterado à medida que é chamada (ou mesmo questionada) a intervir nos complexos problemas atuais, conforme será observado a seguir.

### 1.1. A OMC e seus novos problemas: direito à água, à segurança alimentar e a implementação da “Agenda Digital”

Como já observado, a criação da OMC teve como fundamentos principais a necessidade de expansão e de regulação do comércio internacional, de modo que pudesse fomentar a inserção de países, principalmente os em desenvolvimento, nas relações comerciais transfronteiriças, possibilitando uma concorrência em igualdade de condições. Além da evolução e transformação da sociedade internacional, em um cenário de expansão da economia mundial e o aumento do consumo, em decorrência ainda dos diversos processos de globalização, outras importantes questões passaram a integrar a agenda da OMC, como é o caso do direito à água, à segurança alimentar e o avanço do comércio via *world wide web*.

No caso do direito à água, há muito já se discute seus diversos problemas, pois se trata de um recurso natural limitado e um bem essencial à vida, como reconhecido pelo Comitê dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (CESCR) das Nações Unidas, em seu Comentário Geral nº 15 (E/C.12/2002/11), de 20 de janeiro de 2003.<sup>21</sup> Todavia, a partir desse reconhecimento, e considerando que os Estados são responsáveis por garantir o direito das pessoas à água com o objetivo de atender às suas necessidades básicas, bem como o fato de que se garantir a disponibilidade, o acesso e a qualidade da água revestem-se de grande complexidade, já que envolve uma série de sistemas de gerenciamento e fornecimento de água em grande escala, com problemas ambientais, sociais e legais, o direito à água impacta no poder de regulação dos Estados no que tange ao seu fornecimento. O ponto fulcral, nesse diapasão, é que essa regulação referida inclui as políticas relativas à terceirização ou à privatização do fornecimento dos serviços de água, de modo que as consequências de referidas políticas são feitas em um contexto em que os países possuem diversos estágios de desenvolvimento econômico, assim como em um cenário de avanço da liberalização econômica internacional e integração em sistemas comerciais multilaterais.<sup>22</sup>

O problema da água refere-se à terceirização do abastecimento para fins financeiros ou fiscais, onde os Estados terminam por privatizar tais serviços. Assim, onde os Estados não são os fornecedores exclusivos de serviços de água, os fornecedores de

<sup>21</sup> UN Committee on Economic, Social and Cultural Rights (CESCR), **General Comment No. 15: The Right to Water (Arts. 11 and 12 of the Covenant)**, 20 January 2003, E/C.12/2002/11.

<sup>22</sup> Wu e Huang citam jurisprudência da OMC, onde o Órgão de Apelação na China interpretou o “direito da China de regular o comércio de forma consistente com o Acordo da OMC” na seção introdutória do parágrafo 5.1 do seu Protocolo de Adesão. Para aquele Órgão de Apelação, o termo “direito” se refere a uma autoridade ou poder. O Órgão de Apelação vê ainda “o direito de regulamentar como um poder inerente ao governo de um membro, ao invés de um direito conferido por tratados internacionais, como o Acordo da OMC”. Quanto ao “acordo com o Acordo da OMC”, o Órgão de Apelação considera a frase como uma restrição do exercício do poder regulatório que deve mostrar estar em conformidade com as disciplinas da OMC. Assim, no contexto da OMC, o direito de um membro de regulamentar refere-se ao poder inerente a um Estado soberano de sujeitar o comércio internacional à regulamentação e sem contrariar as obrigações da OMC. Sobre o tema, ver WU, Chien-Huei; HUANG, Helen. *Right to Water in the Shadow of Trade Liberalization*. In: J. Chaisse (ed.), **The Regulation of the Global Water Service Market**. Cambridge: Cambridge University Press, 2016, p. 139-166.

serviços privados podem responder à concorrência no mercado, adotando estratégias de busca de lucros em detrimento dos direitos humanos e da garantia de que todos tenham acesso à água suficiente, segura, aceitável e acessível.

O problema da regulamentação exsurge na relação entre este poder da OMC e o *direito de regulamentação* (internamente) pelos países membros, o que pode suscitar um conflito dentro da própria Organização. O conceito de direito de regulamentação no âmbito da OMC decorre da necessidade de equilibrar o livre comércio e a autonomia regulamentar dos países membros, a fim de manter o espaço político para que os membros programem objetivos diferentes da liberalização do comércio.

No que tange ao direito à água, considerado como um direito humano dos mais essenciais, pondera-se que o dever de regulamentação é considerado como uma das obrigações que incumbem aos Estados e para os quais os Estados podem ser responsabilizados em caso de omissão; desse modo, o direito de regulamentar não apenas define um espaço político, mas também um dever e uma responsabilidade, o que aponta para a dupla natureza do direito de regulamentação, o que pode ajudar a mediar os compromissos de liberalização acordados no âmbito do direito comercial internacional e as obrigações de direitos humanos ao abrigo do direito internacional dos direitos humanos.

Percebe-se que a OMC, no contexto do direito à água, encontra-se em uma encruzilhada política, pois ao tempo em que é pressionada a submeter-se aos regramentos inerentes ao direito internacional dos direitos humanos na interpretação do direito de regulamentação, deve aquiescer de certa forma com as decisões regulatórias domésticas dos seus Estados membros.

Entretanto, não é apenas o direito humano à água que tem trazido implicações no âmbito do comportamento da OMC em relação aos seus membros. Também se insere nesse contexto a proteção ao direito humano de acesso a alimentos adequados como parte da agenda de segurança alimentar. Este aspecto também está ligado à indecisão da Rodada de Doha, a qual traz incertezas quanto ao Acordo sobre a Agricultura (AsA), sobretudo no tangente às propostas de alteração dos critérios da caixa verde sobre o armazenamento público para segurança alimentar. Critica-se que muitas regras da OMC são altamente ambíguas e trazem um alto grau de incerteza na elaboração de políticas de segurança alimentar, desencorajando os Estados a desenvolver e programar estratégias nacionais compreensíveis e inovadoras em relação ao direito à comida.<sup>23</sup>

Todavia, a questão reveste-se de maior complexidade, já que pode envolver interesses conflitantes de países em desenvolvimento e países ricos. Ocorre que essa incerteza, ao tempo mesmo tempo em que traz insegurança, é altamente indesejável, dado o potencial efeito de arrefecimento das regras da OMC em matéria de política de segurança alimentar, o que termina por enfraquecer o seu papel no cenário da regulação internacional.<sup>24</sup>

---

<sup>23</sup> SCHUTTER, Olivier de. The World Trade Organization and the Post-Global Food Crisis Agenda. **ACTIVITY REPORT - NOVEMBER 2011**.

<sup>24</sup> Schutter, ao tratar da segurança alimentar e do aumento dos preços dos alimentos na Rodada de Doha / OMC diz que: "Much of the debate surrounding the Doha Round's potential effects on world food prices and supply acknowledges the unique role of the WTO as the only multilateral forum where States negotiate their tariff profiles and farm subsidies. However, the WTO's authority extends far beyond traditional border measures: to a large extent, it sets the policy framework for WTO members'

Outro tema que tem suscitado inúmeros debates e reflexões no âmbito da OMC diz respeito à chamada “Agenda Digital”. Ressalte-se, inicialmente, que há duas dimensões do comércio digital, uma *stricto sensu*, em que o comércio digital é claramente equiparado ao comércio em produtos e serviços entregues por meio da Internet, e outra *lato sensu*, que diz respeito à inovação facilitadora e ao fluxo livre de informações no ambiente de rede digital. Estas duas dimensões do comércio digital são importantes e têm sido cada vez mais reconhecidas nos círculos políticos – tanto nos países desenvolvidos como nos países em desenvolvimento – como um elemento fundamental nas estratégias de crescimento orientadas para o futuro e inovação. A questão, aqui, é que ambas as dimensões do comércio digital dependem de soluções regulatórias no domínio da legislação econômica internacional.

O problema relacionado ao comércio digital decorre do fato de que, à medida que a regulação ficou sob o guarda-chuva<sup>25</sup> da OMC, sem atender as especificidades e exigências desse novo tipo de comércio, os Estados buscaram soluções em outros lugares, principalmente em vários acordos comerciais preferenciais bilaterais e regionais (PTAs<sup>26</sup>).

Essa lacuna terminou por permitir que houvesse uma evolução do corpo de leis nos PTAs, com consequências que suscitam uma própria perda de espaço da OMC. Assim, embora a Organização seja o lugar apropriado para promover a agenda do comércio digital que mobiliza disciplinas multilaterais, e, embora tenha certamente o potencial de fazê-lo, no curto prazo é incapaz de entregar resultados rápidos em relação ao comércio eletrônico.<sup>27</sup>

Nesse toar, os acordos multilaterais têm crescido bastante o que termina por colocar em cheque o próprio futuro da OMC, conforme se verá.

## 1.2. Os acordos multilaterais e o enfraquecimento da OMC

Inicialmente é preciso esclarecer que o termo *acordos multilaterais* será utilizado aqui como expressão que engloba ainda os denominados *acordos comerciais preferenciais* (PTA),<sup>28</sup> os quais tratam dos acordos preferenciais recíprocos, que são acordos entre países, não necessariamente fronteiriços, nos quais se impõe reciprocamente a liberalização do comércio de produtos originários de todos os territórios signatários. É

---

agricultural policy. The primary objective of the AoA is to progressively liberalize agricultural trade; it seeks to explicitly limit state intervention in the agricultural sector in order to bring agriculture and food under greater market discipline. Following the global food crisis, there is a renewed consensus on the need to increase public investment in agricultural and food and scale-up the regulatory capacity of the State in food policy-making to achieve food security. Although there are very different policy orientations between the AoA and the post-global food crisis consensus, the AoA continues to provide the overall framework for domestic agricultural policy and countries are still required to meet the standards and obligations set out by the AoA. Even though higher food prices and levels of food insecurity have been recognized as a major agricultural trade policy issue by WTO members, there has been limited substantive work and discussion on the issue at the WTO.” SCHUTTER, Olivier de. The World Trade Organization and the Post-Global Food Crisis Agenda, cit.

<sup>25</sup> Ver nota 7.

<sup>26</sup> BURRI, Mira. The International Economic Law Framework for Digital Trade. *Zeitschrift für Schweizerisches Recht*, Vol. 135, Issue II, 2015, pp. 10-72, aduz que a razão principal para explicar tal multiplicação de acordos preferenciais é a necessidade de criação de um quadro regulatório mais avançado e transparente para o comércio internacional, que permita maior previsibilidade às relações comerciais. Na verdade, os PTAs se multiplicam para oferecer soluções aos desafios do comércio do século XXI, papel antes desempenhado pela Organização Mundial do Comércio (OMC).

<sup>27</sup> BURRI, Mira. BURRI, Mira. The International Economic Law Framework for Digital Trade, cit., p. 24.

<sup>28</sup> PTA – *Preferential Trade Agreement* (em inglês).

importante essa ressalva, considerando que a OMC denomina estes acordos como comerciais regionais. Todavia, como observado, referidos acordos são (podem ser) celebrados por territórios não contíguos, não se mostrando adequada a denominação dada pela OMC.

Tal problema de denominação *per si* demonstra certa inadequação da OMC com a realidade, posto que os *acordos comerciais preferenciais* (PTAs) estão sendo celebrados com uma frequência cada vez maior. A estagnação ocorrida no âmbito da OMC tem direcionado os países a procurar outros territórios que atendam melhor seus interesses e permitam encontrar soluções mais rápidas no tangente às transações comerciais, conforme se comprova pelo grande e crescente número de acordos comerciais preferenciais (PTAs) acordados bilateralmente, regionalmente ou entre regiões.<sup>29</sup>

O enfraquecimento da OMC se dá também porque as negociações no âmbito desta já atingiram um ponto em que os *benefícios econômicos de qualquer acordo mal justificariam os custos*. O Banco Mundial estimou, em 2006, que, no cenário mais provável, a renda dos países em desenvolvimento aumentaria em menos de 0,3% em termos reais. Também a concorrência envolvendo questões políticas em face dos acordos multilaterais termina por fazer com que os países alcancem melhores resultados por meio de acordos comerciais bilaterais e regionais. Nos primeiros oito anos de negociações de Doha, os Estados Unidos implementaram um acordo comercial regional e oito acordos comerciais bilaterais, enquanto que a União Europeia fechou nada menos do que dez acordos bilaterais.<sup>30</sup>

Dessa forma, nesse cenário que se descortina, faz-se necessário que sejam formados blocos comerciais regionais, sendo *alta prioridade para os países menores e mais pobres*, sobretudo quando tiverem que se defrontar com Estados Unidos, União Europeia e China. Nesse sentir, haverá acordos entre as potências comerciais, sejam países, sejam blocos, que passarão a negociar novos acordos comerciais entre si, mais ou menos em igualdade de condições, pelo que será muito mais provável que mais mercados sejam abertos por meio desses acordos multilaterais (entre cinco ou seis grandes potências) do que sob os auspícios de um sistema como a OMC.<sup>31</sup>

Efetivamente, já está em curso a criação do *Transatlantic Trade and Investment Partnership (T-TIP)*<sup>32</sup> entre os Estados Unidos e a União Europeia. Este acordo tem suscitado várias discussões, com diferentes entendimentos sobre, por exemplo, o seu

---

<sup>29</sup> A título de exemplo, tem-se o Trans-Pacific Partnership Agreement – TPPA, celebrado entre vários países, tanto regionais, quanto de continentes diferentes. Ver USA. Executive Office of the President. **TPP Full Text**. Disponível em <https://ustr.gov/trade-agreements/free-trade-agreements/trans-pacific-partnership/tpp-full-text> Acesso 25 Jul. 2018. Mira Burri destaca ainda que em finais de 2013, a União Europeia era quem participava em mais acordos comerciais preferenciais notificados à OMC e em vigor (34), seguida da Islândia, Noruega e Suíça (todos com 26), do Chile (24) e de Singapura e Turquia (ambos com 20). BURRI, Mira. Ob. cit.

<sup>30</sup> ALTMAN, Daniel. **O futuro da economia: As 12 tendências que vão transformar a economia global**. Trad. de Afonso Celso da Cunha Serra. Rio de Janeiro: Editora Elsevier, 2011, p.145.

<sup>31</sup> “E, de fato, na aurora do século XXI, esses blocos já cresciam e se tornavam mais integrados em termos econômicos. A Associação de Nações do Sudeste Asiático (Asean), cujo produto total em 2008 era de US\$1,5 trilhões, discutia a possibilidade de adotar uma moeda comum quando se escreveu esta página. O Mercosul, área de livre-comércio da América do Sul, ancorado no Brasil, estava em processo de aceitar a Venezuela como novo membro e negociava com países da América Central a respeito de um acordo de livre-comércio. A África continuava como colcha de retalhos insana de acordos comerciais, de uniões aduaneiras e de outras alianças econômicas, que ofereciam pouco escopo para negociações com as grandes potências. ALTMAN, Daniel. **O futuro da economia**, cit., pp. 146-147.

<sup>32</sup> Em tradução livre: Parceria Transatlântica de Comércio e Investimento.

impacto na liberalização do comércio multilateral entre estas duas grandes potências.<sup>33</sup> Esta referida parceria transatlântica tem sido considerada por alguns como um risco potencial para o sistema da OMC<sup>34</sup>.

Todavia, vários são os argumentos, muitas vezes, antagônicos entre si. Há argumentos de que o *T-TIP* poderia permitir que os dois lados avançassem a liberalização comercial, considerando que não existem progressos na Organização Mundial do Comércio (OMC). Porém, há os que afirmam também que o possível consenso dos Estados Unidos em questões controversas no *T-TIP*, como a agricultura, poderia ajudar a quebrar o impasse sobre as questões remanescentes na Rodada de Doha da OMC. Outros, por sua vez, insistem que a OMC perderá força por não ter sido ela a conseguir organizar a liberalização do comércio entre as duas potências econômicas participantes desse acordo (*T-TIP*).<sup>35</sup>

Assim, a expansão do número de acordos comerciais, ao tempo que multiplica os espaços regulatórios, podendo gerar uma oportunidade para novos negócios, pode também suscitar uma maior quantidade de conflitos aos interesses do sistema multilateral.<sup>36</sup>

### 1.3. A desglobalização: mais um ataque à OMC

Quando Walden Bello publicou, em 2002, sua obra *Deglobalization: ideas for a new world economy*<sup>37</sup>, em resposta à crise financeira asiática de 1997<sup>38</sup>, apontou para uma marginalização do Sul dentro do sistema internacional, sob a liderança dos Estados Unidos da América e com o aval da OMC, a qual, juntamente com outros organismos internacionais (FMI, Banco Mundial) haviam promovido a globalização e agora tentavam gerenciar os seus efeitos incontroláveis. Apresenta, dessa forma, uma proposta de desconstrução do modelo econômico vigente, fundado ainda nas recorrentes crises financeiras, no aumento das desigualdades sociais e da pobreza nos países em desenvolvimento, bem como no fracasso da globalização (e da OMC) em reduzir (ou aproximar) estes países dos países industrializados.

Neste contexto, a desglobalização é o caminho apontado pelo citado autor para reduzir a desigualdade, considerando a necessidade de que as economias nacionais sejam reorientadas no sentido de afastarem-se da produção para exportação e que sejam

<sup>33</sup> AKHTAR, Shayerah Ilias; JONES, Vivian C. Proposed Transatlantic Trade and Investment Partnership (T-TIP): In Brief. **Congressional Research Service**, 2014.

<sup>34</sup> SILVA, Alice Rocha da. O redimensionamento da OMC no trato dos Acordos Comerciais Regionais. **Revista de Direito Internacional**, Brasília, v. 12, n. 2, 2014, p. 394. A autora ainda aduz que: "Se um acordo de livre comércio entre eles se materializasse, haveria um impacto significativo sobre o multilateralismo, pois, juntos, respondem por 40% do volume do comércio mundial e aproximadamente 60% do PIB mundial. A formação de um acordo de livre comércio entre os Estados Unidos e a União Europeia comporta, de fato, riscos para o sistema multilateral da OMC, porque se for bem-sucedido, a OMC passaria a ser um brinquedo nas mãos dos Estados Unidos e da União Europeia, servindo somente para dar legitimidade às decisões tomadas no contexto bilateral."

<sup>35</sup> AKHTAR, Shayerah Ilias; JONES, Vivian C. Proposed Transatlantic Trade and Investment Partnership (T-TIP), cit.

<sup>36</sup> SILVA, Alice Rocha da. O redimensionamento da OMC no trato dos Acordos Comerciais Regionais, cit., p. 388. Dessa forma, segundo Alice Rocha, passa-se a duvidar da própria capacidade operacional da OMC em controlar tais acordos, "não só pelas relações de poder e assimetria que sempre existiram, mas também pelas novas dimensões de governança internacional, com redes de regulação e coordenação entre políticas públicas nacionais e globais."

<sup>37</sup> BELLO, Walden. **Deglobalization: Ideas for a New World Economy**. London: Zed Books, 2002.

<sup>38</sup> Ver CANUTO, Otaviano. A Crise Asiática e seus desdobramentos. **Econômica**, n. 4, Rio de Janeiro, 2000, pp. 25-60.

destinadas ao mercado interno.<sup>39</sup> Não por menos, Walden Bello, em seu artigo *The Global South*<sup>40</sup>, aduz ser a OMC opaca, não representativa e antidemocrática, tendo como calcanhar de Aquiles sua estrutura oligárquica e intransparente na tomada de suas decisões. Com a desglobalização não se quer significar que a economia mundial ou o comércio internacional deixem de existir. O que se defende é um processo de reestruturação da economia e da política mundial para que as economias locais e nacionais se desenvolvam e não, ao contrário do que ocorre, sejam degradadas pelos processos nocivos de globalização. Assim, desglobalização *significa a transformação de uma economia global, integrada em torno das necessidades das corporações transnacionais, para uma integrada em torno das necessidades de povos, nações e comunidades.*<sup>41</sup> Nesse sentido, o caminho apontado por autores como Solon e Bello, em que pese não atacar o capitalismo em sua estrutura, a ponto de destruí-lo, avança sobre a globalização e o comércio internacional, atingindo, por consequência, a própria OMC.

Quando se aborda o tema da desglobalização, também se faz severa crítica à globalização em si e ao mercado<sup>42</sup>, pugnando-se para que as decisões econômicas estratégicas estejam sujeitas à escolha democrática, ao invés de deixá-las à mercê do mercado. Dessa forma, defende-se que a democracia participativa seja levada à esfera da economia global e que ao sistema defeituoso que se tem hoje se faz necessário debater e juntar-se a outras ideias, caso se queira construir alternativas viáveis contra aquilo que causou desigualdades tão marcantes e visíveis. Porém, há um reconhecimento de que ainda se está em um processo em construção, quando se trata da desglobalização, mas que certamente é uma hipótese teórico mais promissora do que as reivindicações vazias de *crescimento inclusivo*<sup>43</sup>.

Como se pode perceber, as críticas em face da globalização são variadas, principalmente porque a renda de segmentos grandes das populações dos países está ameaçada pelo deslocamento e competição do comércio e investimento, bem como pela incapacidade ou falta de vontade dos Estados em compensar os perdedores.<sup>44</sup>

Ressalte-se, ainda, que a crise de um Estado, amplamente determinada pelo jogo das forças produtivas predominantes em escala mundial, dispõe de escassas ou nulas condições para exercer sua soberania. Nesse Estado, as classes e os grupos sociais subalternos terão de criar e desenvolver outras e novas formas de organização, conscientização e luta, para formular e por em prática hegemonias alternativas.<sup>45</sup> Habermas possui também crítica amplamente conhecida acerca dos efeitos nocivos da

---

<sup>39</sup> SOLON, Pablo. 'Deglobalisation' Is the Way to Reduce Inequality. Focus on the Global South. **Bangkok Post**, 8 de março de 2014.

<sup>40</sup> Assim se manifesta Bello: "The WTO is an opaque, unrepresentative and undemocratic organization driven by a free-trade ideology which, wherever its recipies – liberalization, privaization, deregulation – have been applied over the past twenty years t ore-engineer Third Wolrd economies, has generated only greater poverty and inequality." BELLO, Walden. *The Global South*. In: T. MERTES (ed.), **A Movement of Movements: Is Another World Really Possible?** London: Verso Books, 2004, p. 49.

<sup>41</sup> SOLON, Pablo. 'Deglobalisation' Is the Way to Reduce Inequality, cit.

<sup>42</sup> Sobre a globalização e seus aspectos positivos e negativos, ver: CAMPELO FILHO, Francisco Soares. **A função social da empresa como condição de possibilidade de sustentação do Estado social no mundo globalizado**. Dissertação de mestrado. Unisinos - RS, 2014. Disponível em: <http://www.repositorio.jesuita.org.br/handle/UNISINOS/4814> Acesso em 26 de Jul. 2018.

<sup>43</sup> SOLON, Pablo. 'Deglobalisation' Is the Way to Reduce Inequality, cit.

<sup>44</sup> HILLEBRAND, Evan E. Deglobalization Scenarios: Who Wins? Who Loses? **Global Economy Journal**, Vol. 10, n. 2, p. 1-21, 2010.

<sup>45</sup> IANNI, Octavio. Globalização e crise do Estado-Nação. **Revista Estudos de Sociologia**, Vol. 4, n. 6, p. 129-135, 2007.

globalização, aduzindo que não importa o que se faça com ela, seu efeito maior será sempre o de destruir “uma constelação histórica que havia provisoriamente permitido o compromisso do Estado social. Por mais que ele não represente de modo algum a solução ideal de um problema inerente ao capitalismo, ainda assim havia mantido os custos sociais existentes dentro de um limite aceitável.”<sup>46</sup>

Todavia, tendo em vista que as ideias sobre a desglobalização ainda estão em fase de construção, não se pode deixar de reconhecer o papel da globalização para o desenvolvimento da economia mundial e que talvez as crises não decorram especificamente da globalização econômica. Assim, a crise do paradigma dos valores modernos é um fenômeno complexo e as transformações do Estado fazem parte dessa dinâmica complexa de reestruturação do modelo de organização social, de modo que para entender a reorganização da estrutura estatal é necessário empreender uma análise acerca dos fatores determinantes da complexidade da crise da modernidade.<sup>47</sup>

Contudo, é preciso antes descortinar alguns aspectos históricos, a fim de que se possa compreender a teia que envolve o Estado em seus mais variados aspectos.

Ocorre que os defensores da desglobalização, fazendo da OMC um escudo da globalização, a chamam de opaca e não representativa, além de alcunhá-la de antidemocrática. Defendem ainda a ideia de que a OMC, por atender demais as necessidades estadunidenses, exalta a ideologia do livre comércio e pugna pela reengenharia do sistema econômico dos países do terceiro mundo unicamente para beneficiar os países desenvolvidos, especialmente no âmbito dos interesses corporativos americanos.<sup>48</sup>

#### 1.4 A atual política protecionista dos EUA e o seu impacto em face da OMC

Outro ponto que afeta a autoridade da OMC é a política protecionista estadunidense, em especial sob a gestão do atual presidente Donald Trump, pois o mesmo aplicou sobretaxas sobre o aço (de 25%) e o alumínio (de 10%) importados, entre outras.<sup>49</sup> Fundamentou sua decisão tomando por base um permissivo da lei comercial daquele país que permite a instituição unilateral das tarifas sob a justificativa de proteção da segurança nacional. Também foi utilizado como fundamento para a imposição da sobretaxa o fato de a China inundar a oferta de produtos em outros países.

A política de Trump, se por um lado desafia o poder da OMC, uma vez que unilateralmente impõe medidas protecionistas, sem que fiquem efetivamente claras e justificadas as suas razões, por outro lado dá uma oportunidade para que a OMC demonstre a sua importância na proteção do comércio internacional. O fato é que a OMC

<sup>46</sup> HABERMAS, Jürgen. **A constelação pós nacional: ensaios políticos**. Trad. Márcio Seligmann-Silva. São Paulo: Littera Mundi, 2001, p. 75,

<sup>47</sup> CHEVALLIER, Jacques. **O Estado Pós-Moderno**. Tradução de Marçal Justen Filho. São Paulo: Fórum, 2010. p. 23 e ss. Seguindo uma interpretação de Chevallier, o modelo estatal já fora concebido em reação a uma crise do feudalismo e se difundiu no berço da globalização (que já existia há muito tempo), das grandes navegações, em decorrência da pressão da comunidade internacional, que o delineou como única forma de organização política maleável à nova configuração global. Assim, desde sua construção, o Estado se expandiu globalmente como uma instituição de representação comunitária e organização dos diversos atores sociais.

<sup>48</sup> LOZADA JR., Eriberto P. **Deglobalization and Decentralization of the WTO**, October 4, 2016. By comccullers Disponível em: <http://globalization.anthro-seminars.net/topics/economic/deglobalization-and-decentralization-of-the-wto/> Acesso em 28 de Jul. 2018.

<sup>49</sup> CNN. **Trump says US will impose steel and aluminum tariffs**, March 1, 2018. Disponível em: <https://edition.cnn.com/2018/03/01/politics/steel-aluminum-trade-trump-chaos/index.html> Acesso em 13 Ago. 2018.

encontra-se agora numa difícil posição frente a esse novo problema, uma vez que os EUA defendem que as medidas são por preocupações de segurança nacional e, portanto, fora das competências da OMC.

Todavia, vários países já ingressaram com reclamações na OMC contra as medidas de Trump. Índia, China, Rússia, Japão, Turquia e União Europeia não aceitam a alegação estadunidense e consideram as tarifas daquele país como salvaguardas sob as regras da OMC, conferindo-lhes uma compensação anual combinada de US\$ 3,5 bilhões.<sup>50</sup> Os países denunciadores apontam para uma possível ofensa a diversas regras estabelecidas no âmbito da OMC e que prejudicam os interesses econômicos desses países, o que quebraria o acordo de salvaguardas da OMC.

Com estas medidas os EUA iniciaram uma verdadeira guerra comercial e as negociações não tem dado sinais de progresso, tendo os Estados Unidos imposto, recentemente, tarifas de 25% sobre outros US\$ 16 bilhões de mercadorias chinesas, afetando 279 produtos chineses, incluindo produtos químicos, motocicletas, velocímetros e antenas. Em resposta, a China tarifou 25% sobre uma quantidade igual de produtos americanos, como produtos químicos e diesel.<sup>51</sup>

Essa guerra comercial, caso não seja contornada, coloca em risco todo o comércio internacional, pondo em descrédito a OMC, tendo em vista que restará demonstrada a ausência de força em face das grandes potências mundiais. Todavia, não deixa de ser uma grande oportunidade para que a OMC demonstre o seu poder de regulamentação do comércio internacional, isto porque os países que se sentem prejudicados com a política de Trump, incluindo a China, já se movimentam com ações junto à OMC pleiteando uma intervenção na política protecionista estadunidense, restabelecendo a ordem do comércio internacional.

Indo além das medidas já adotadas, o governo Trump informou à OMC de sua intenção de impedir a recondução de um dos juízes que serve àquele organismo internacional. Esta decisão é tomada justamente pela administração Trump quando a China entrou oficialmente com consultas sobre as deliberações protecionistas estadunidenses. O fato é que com o bloqueio da recondução do juiz Shree Baboo Chekitan Servansing, um juiz das Ilhas Maurício, a OMC corre o risco de se tornar disfuncional. A União Europeia, entretanto, já está tomando medidas preliminares para evitar que isso aconteça.<sup>52</sup>

---

<sup>50</sup> REUTERS. **India takes U.S. steel tariffs complaint to the WTO**, May 23, 2018. Disponível em <https://www.reuters.com/article/us-usa-trade-india/india-takes-u-s-steel-tariffs-complaint-to-the-wto-idUSKCN1IO1WP> Acesso em 13 Ago 2018.

<sup>51</sup> CNN. **Trade war: The US and China just slapped new tariffs on each other**, August 28, 2018. Disponível em <https://edition.cnn.com/2018/08/23/politics/china-us-tariffs/index.html> Acesso em 30 Ago 2018

<sup>52</sup> "WTO has seven appeals judges but only has four at the moment since three have already left. Now, if Judge Servansing does not get his reappointment WTO will be left with three judges. While WTO needs only three judges to continue its processes, terms of the two remaining judges, excluding Servansing, end in December 2019. This suggests that WTO will almost certainly lose its relevance by next year and this may come as trade tensions have already reached extreme scenarios.

U.S. President Donald Trump is faced with several disputes at the WTO after he imposed a 25 percent tariff on imports of steel and 10 percent tax on imports of aluminum. China, the EU, Canada, Turkey, and Mexico imposed retaliatory tariffs against the United States. The Trump administration appealed these tariffs to WTO and the U.S. president had since accused the international body of being unfair to Washington." REUTERS. **U.S. blocks WTO judge reappointment as dispute settlement crisis looms**, August 27, 2018. Disponível em <http://en.businesstimes.cn/articles/102370/20180829/trump-blocks-wto-judge-reappointment-as-china-initiates-dispute-with-us.htm> Acesso em 30 Ago 2018

Por sua vez, o presidente Donald Trump já ameaçou retirar os Estados Unidos da Organização Mundial do Comércio, tudo isso ao mesmo tempo em que as negociações entre o Canadá e os EUA, para renovar o acordo de comércio do Nafta, não teriam progredido, inclusive tendo Trump criticado a forma como a OMC tratou os Estados Unidos.<sup>53</sup>

Esse cenário de guerra comercial, que talvez seja, atualmente, o que mais coloque em risco a autoridade da OMC e o seu papel no âmbito da regulação do comércio internacional, também se torna o momento mais oportuno para que a Organização demonstre a sua força e importância, bem como que é necessária para impedir eventuais abusos ou práticas ilegais por parte de alguns países, confirmando o seu papel de proteger os países em desenvolvimento e o respeito às regras do comércio internacional de um modo geral. É o momento para que a OMC comprove efetivamente a sua essencialidade e importância como reguladora do comércio internacional.

## 2. Da essencialidade da OMC como reguladora do comércio internacional

Pelo que até aqui foi exposto, percebe-se que efetivamente a OMC não se encontra em uma posição confortável no cenário internacional, isso para usar o confortável até mesmo como um eufemismo, considerando todos os problemas apontados e que ameaçam sobremaneira a sua posição no contexto do comércio internacional. Todavia, mesmo ante os posicionamentos de Altman, Bello, Solon e outros, já delineados precedentemente, que de forma contundente – e fundamentada – apontam para uma difícil colocação da OMC no cenário internacional, seja ainda mesmo em face dos novos problemas (direito de água, segurança alimentar, acordos multilaterais, comércio digital etc.) e, especialmente, em face da atual política protecionista estadunidense, nenhum deles aduz de forma categórica que a OMC deveria deixar de existir como condição *sine qua non* para a solução dos referidos problemas, englobando aí as desigualdades sociais existentes e que têm se acentuado ao longo das últimas décadas. Isso não o fazem porque a OMC desempenha ainda um papel de grande relevância em todo esse contexto, constituindo-se talvez no único organismo institucional regulador com poder e capacidade para frear eventuais desmandos que possam vir a ser praticados pelos países desenvolvidos, bem como para resolver globalmente o problema do direito à água, da segurança alimentar e do comércio digital.

Não se pode olvidar que quando se trata da necessidade de regulação dos mercados, a maioria deles e dos ambientes em que operam, o fazem inseridos em um espaço substancial entre a “mão invisível” de Adam Smith e os planos quinquenais de Mao Tsé-tung. Ademais, os mercados diferem do planejamento central porque somente os próprios participantes podem determinar quem vai receber o quê, mas que também diferem do *laissez-faire* porque estes mesmos participantes sabem que o mercado tem suas regras. Ressalte-se que os mercados, desde os grandes, como a Bolsa de

---

<sup>53</sup> THE GUARDIAN. **US-Canada trade talks miss deadline as Trump courts Mexico**, August 28, 2018. Disponível em <https://www.theguardian.com/us-news/2018/aug/31/nafta-deadline-canada-us-talks-trump-wto> Acesso em 31 Ago 2018.

Nova York, até os pequenos, como uma feira livre de bairro, também operam de acordo com regras análogas.<sup>54</sup>

É preciso reconhecer, nesse sentido, a importância da OMC nessa regulação do mercado internacional, em todos os seus vieses (inclusive no digital), considerando a necessidade de evitar-se a influência que o poderio econômico das grandes potências possa vir a ter sobre os países em desenvolvimento.

No que tange o direito à água, os eventuais conflitos que possam existir entre os compromissos de liberalização de um Estado sob as normas da OMC e a obrigação desta de proteger esse direito, podem ser conciliados de modo a garantir que os direitos humanos sejam tutelados no processo de liberalização do serviço de água<sup>55</sup>, não havendo razões, pois, para se interpretar como um impasse intransponível ou mesmo como se a OMC não tivesse elementos para contornar o problema, considerando ainda a relevância do debate no próprio contexto dos direitos humanos.

Nesse diapasão pode ser observado também que as atividades das empresas privadas no mercado da água e em outros setores comerciais são reguladas pelo sistema jurídico interno de cada país. No entanto, muitas vezes esses regulamentos podem não ser suficientes devido a deficiências regulatórias, ao caráter multinacional ou transnacional das respectivas empresas ou por causa de seu poder econômico. Dessa forma, as normas e instrumentos internacionais de regulamentação dessas empresas multinacionais são um elemento cada vez mais importante da governança econômica global, mesmo que o direito à água não exija que os Estados adotem medidas inconsistentes com a OMC.<sup>56</sup>

Igualmente, da mesma forma que o direito à água, pode ser destacada a importância da OMC no que diz respeito à segurança alimentar. De fato, em que pese se possa considerar baixa a probabilidade de uma disputa comercial entre os membros da OMC que adotam novas políticas de segurança alimentar, esta hipótese não pode ser integralmente descartada, tendo a OMC um papel de grande relevância na eliminação de tal possibilidade. Daí a necessidade da OMC estabelecer regramentos mais claros e precisos.<sup>57</sup>

Uma das fortes críticas contra a OMC é a ausência de regras mais claras acerca desse aspecto. Todavia, não é provável que os países busquem políticas agrícolas e de segurança alimentar quando percebem que estão na zona cinzenta da legalidade da OMC.<sup>58</sup> Ocorre que, considerando que as regras da OMC sobre eventuais violações que

---

<sup>54</sup> ROTH, Alvin E. **Como funcionam os mercados: a nova economia das combinações e do desenho de mercado**. Trad. Isa Mara Lando e Mauro Lando. 1ª ed. São Paulo: Editora Portfolio Penguin, 2016, Cap. 1, p. 17.

<sup>55</sup> WU, Chien-Huei; HUANG, Helen. Right to Water in the Shadow of Trade Liberalization, cit.

<sup>56</sup> KRAJEWSKI, Markus. Protecting the Human Right to Water through the Regulation of Multinational Enterprises. In: J. Chaisse (Ed.), **The Regulation of the Global Water Services Market**. Cambridge: Cambridge University Press, 2017, pp. 167-195.

<sup>57</sup> SCHUTTER, Olivier de. The World Trade Organization and the Post-Global Food Crisis Agenda, cit., p. 3.

<sup>58</sup> Schutter, op. cit., p. 3-4, conclui que: "Therefore, States are less likely to initiate creative policies without strong assurances and confidence that new policies will not negatively affect third parties' commercial interests and leave them exposed to potential litigation. It is in practice very difficult for poorer developing countries to assess and make confident determinations about current implications and future scenarios. This is why when it comes to WTO matters, most developing country States err on the side of caution in order not to violate their WTO commitments that are binding under international law and which, if violated, could lead to punitive countermeasures. Moreover, poorer developing countries are less likely to push the envelope of WTO rules compared to richer and/or better-resourced

venham a ser cometidas pelos Estados não são tão evidentes, os litígios passam a ser mais frequentes, devendo a busca por soluções determinadas recair em um órgão de resolução de litígios, o que termina por gerar verdadeira insegurança jurídica. No entanto, nem por isso se deixa de reconhecer a importância da OMC nessa regulação, tornando-se necessário maior objetividade, clareza e sistematicidade em suas normas.

Deve ser ressaltado, ainda, que a segurança alimentar é explicitamente mencionada em várias disposições do Acordo sobre Agricultura e é referenciada em outras partes do quadro da OMC. Estes incluem a *Decisão das Medidas Relativas aos Possíveis Efeitos Negativos do Programa de Reforma nos Países Importadores de Alimentos Líquidos* (também referida como a Decisão de Marrakesh), destinada a auxiliar os importadores de alimentos dos países em desenvolvimento diante do aumento dos preços dos alimentos.<sup>59</sup>

Quanto ao Comércio Digital, a OMC também se reveste de importante elemento institucional de regulação. O Programa de Trabalho da OMC sobre Comércio Eletrônico continua a existir e informa os debates em andamento, sendo a OMC o fórum ideal para ofertar soluções aos desafios do comércio do século XXI, em especial o comércio digital. Deve ser destacado, assim, o importante papel da OMC enquanto necessário agente regulador, considerando o amplo avanço – e até mesmo indiscriminado – das relações negociais via Internet. De fato, o comércio de bens e serviços pela Internet tem ocorrido abertamente por todo o mundo, deixando baixa a relevância das fronteiras geográficas.

Considerando que referidas relações são transfronteiriças, a OMC exsurge como local mais apropriado para se discutir sobre esta regulamentação, já que se trate de um fórum multilateral projetado especificamente para regular o comércio, e que marca também o mais alto grau de institucionalização da globalização econômica, representando um esforço para se constituir uma regulamentação comercial, passando de formas de governança antigas e diplomáticas para princípios e normas legais mais rígidas.

Deve ser visto, porém, que a OMC têm regras bastante abrangentes, que afetam todas as camadas, e que o comércio digital pode muito bem ser subsumido nos termos da lei do GATT e do GATS. E isso apesar do fato de que a regulamentação da OMC não reagiu deliberadamente às mudanças provocadas pelas tecnologias digitais em geral e pela Internet em particular. Nesse sentido é que a OMC pode ser o fórum apropriado para centrar o quadro jurídico global para o comércio na era da Internet, contra o pano de fundo da complexidade das questões afetadas pelo comércio digital e a complexidade dos mecanismos de governança.<sup>60</sup>

Quando o futuro da OMC é colocado em cheque tomando por base os novos arranjos regionais ou os acordos multilaterais, que afetam o seu papel na governabilidade internacional, a OMC terá um papel fundamental na coordenação de eventuais

---

countries. Poorer countries have less financial and human resources to engage in lengthy litigation and navigate the highly complex terrain of WTO law. In addition, poor countries are much more vulnerable to, and less able to withstand, coercive threats that take place behind closed doors from powerful WTO members (especially when such powerful countries disapprove of policies that may threaten their commercial interests)."

<sup>59</sup> SCHUTTER, Olivier de. *The World Trade Organization and the Post-Global Food Crisis Agenda*, cit., p. 3.

<sup>60</sup> BURRI, Mira. *BURRI, Mira. The International Economic Law Framework for Digital Trade*, cit., p. 43

ações de políticas públicas nacionais e internacionais que venham a envolver os países em desenvolvimento, incluindo aí os novos atores públicos e privados no implemento de ações voltadas para a inserção destes nesse novo cenário.<sup>61</sup>

No tangente à desglobalização os debates se fazem muito mais presentes em torno do capitalismo, como se viu, em que pese ser difícil separar a OMC da globalização. Dificilmente serão parados ou reduzidos os processos de globalização, pois se ocorrer qualquer perda nesse sentido, os resultados serão profundamente negativos para a maioria dos países e a maioria dos grupos de renda. Embora um retiro no protecionismo possa melhorar igualdade de renda em alguns países, isso reduzirá os rendimentos dos pobres e dos ricos, aumentando faixas da pobreza. Além disso, a instabilidade política aumentará na maioria dos países e a probabilidade de guerras internacionais iria aumentar.<sup>62</sup>

A globalização significa a expansão e intensificação das relações econômicas, políticas, sociais e culturais, acima das fronteiras.<sup>63</sup> Deve ser analisada sob o enfoque econômico e do processo de transformação do Estado. É por isso que pode ser compreendida tanto como um processo fundamentalmente econômico de produção e distribuição de recursos, quanto como um processo sociológico, mais amplo, que compreende diversos aspectos da vida social, como cultura e comunicação.<sup>64</sup>

Considerando que a globalização se desenvolve em uma multiplicidade de conexões e relações entre Estados e sociedades, verifica-se com maior força a estrutura dos pressupostos teóricos que idealizavam e organizavam até agora as sociedades e os Estados como unidades territoriais reciprocamente delimitadas. A globalização rompeu a unidade do Estado constitucional moderno, estabelecendo novas relações de poder e competitividade, com conflitos internos e transnacionais.<sup>65</sup>

Outra abordagem sobre a globalização, e talvez até a que mais repercute na sociedade e no Estado, em todos os setores e dimensões, é a globalização econômica. Em *A construção política do Brasil*<sup>66</sup>, Luiz Carlos Bresser-Pereira faz uma análise sobre a globalização econômica, demonstrando haver uma contradição que é experimentada pelos Estados-nação, haja vista existir uma intensa competição entre eles, mas ao mesmo tempo também há uma necessidade de cooperação e coordenação de suas ações. Assim, observa o referido autor que a grande ameaça existente entre os países

---

<sup>61</sup> SILVA, Alice Rocha da. O redimensionamento da OMC no trato dos Acordos Comerciais Regionais. **Revista de Direito Internacional**, Brasília, v. 12, n. 2, 2014 p. 396.

<sup>62</sup> HILLEBRAND, Evan E. Deglobalization Scenarios: Who Wins? Who Loses? **Global Economy Journal**, Vol. 10, n. 2, p. 1-21, 2010.

<sup>63</sup> Importante recordar Bauman, neste momento, quando afirmava que: "'Globalization' stands for processes seen as self-propelling, spontaneous and erratic, with no one sitting at the control desk and no one taking on planning, let alone taking charge of the overall results. We may say with little exaggeration that the term 'globalization' stands for the disorderly nature of the processes which take place above the 'principally coordinated' territory administered by the 'highest level' of institutionalized power, that is, sovereign states." BAUMAN, Zygmunt. **Individualized Society**. Cambridge: Polity Press, 2001, p. 34.

<sup>64</sup> SORENSEN, Georg. *La transformación del Estado: más allá del mito del repliegue*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010, p. 43-65.

<sup>65</sup> CRUZ, Paulo Márcio. **Da soberania à transnacionalidade: democracia, direito e estado no século XXI**. Itajaí: UNIVALI, 2011, p. 97.

<sup>66</sup> BRÉSSER-PEREIRA, Luiz Carlos. **A construção política do Brasil – Sociedade, economia e Estado desde a Independência**. 2ª Ed. São Paulo: Editora 34, 2015, p. 27.

não mais são as guerras, mas a competição dos mercados; no entanto, como há problemas outros, de ordem global, *a cooperação entre as nações é cada vez mais necessária*.<sup>67</sup>

Para Georg Sorensen,<sup>68</sup> a globalização econômica tem feito com que se diminuam muito as possibilidades da gestão econômica nacional. De outro modo, os Estados tentam compensar a diminuição de suas capacidades de regulação, aumentando suas capacidades internacionais de regulação mediante a cooperação com outros Estados. No lugar das regulações nacionais, têm aumentado muito a cooperação regional e internacional. Em outras palavras, os Estados e os mercados se transformaram a partir da globalização econômica, o que comprova a essencialidade de um organismo internacional que possa regular essas relações internacionais.

No que tange às ameaças de Trump e o risco que provoca sobre a autoridade da OMC, em que pese serem muito contundentes e já contar com apoio de outros países<sup>69</sup>, não se pode esquecer que a Organização é formada por 164 membros e que o consenso é a regra para eventuais modificações em procedimentos ou mesmo criação de novas regras.

Também a OMC lida com as regras globais de comércio entre nações e tem por principal função garantir que o comércio flua da forma mais suave, previsível e livre possível, constituindo-se na única organização internacional global que lida apenas com as regras do comércio entre as nações. Na base estão os acordos da OMC, negociados e assinados pela maior parte das nações comerciais do mundo e ratificados pelos seus respectivos parlamentos. Ressalte-se sempre a representatividade da OMC no contexto global, bem como da grande importância que possui na mediação desses conflitos comerciais, como o que ora se apresenta em face das medidas protecionistas estadunidenses e não é por menos que os países afetados pelas medidas já fizeram denúncias buscando uma intervenção por parte da Organização.

A OMC, de fato, pode sair por demais fortalecida, em especial se conseguir resolver os problemas provocados pela política da administração Trump.

## Conclusão

Ao longo do artigo, mesmo considerando a relevância das críticas que foram feitas – e ainda são – à OMC, pelos argumentos e razões expostos, outra não poderia ser a conclusão, senão pela indispensabilidade e essencialidade da OMC para o comércio internacional, assim como para contribuir para o desenvolvimento dos países e incremento da inclusão social de um modo geral.

---

<sup>67</sup> “O que não impediu que os países ricos e imperiais, porque poderosos, continuassem a se aproveitar de sua hegemonia ideológica para persuadir e pressionar os países em desenvolvimento para que adotassem políticas que não atendem aos seus interesses sociais. Como veremos neste livro, nem os políticos nem os economistas brasileiros dão-se conta deste fato, porque o Brasil até hoje não logrou ser uma nação plenamente independente: é, antes, uma sociedade nacional-dependente, uma sociedade mestiça e periférica cujas elites vivem a permanente contradição de se querer pensar branca e europeia.” BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. **A construção política do Brasil**, cit., p. 27.

<sup>68</sup> SORENSEN, Georg. *La transformación del Estado*, cit., pp. 43-65.

<sup>69</sup> ABS/CBN. **WTO chief downplays Trump withdrawal threat**, September 1, 2018. Disponível em <https://news.abs-cbn.com/business/09/01/18/wto-chief-downplays-trump-withdrawal-threat> Acesso em 31 Ago 2018.

Ocorre que os argumentos que apontam para uma crise e enfraquecimento do papel da OMC não têm o condão de sequer mitigar a sua importância e o seu papel no cenário internacional.

A OMC possui três funções institucionais que bem ilustram sua condição fundamental para o comércio internacional. A primeira diz respeito ao fato de que a OMC é uma organização internacional composta por um grande número de países membros; a segunda envolve a função de coordenação política; já a terceira é a função normativa, isto é, todo um conjunto de regras, baseado no GATT, de 1947, que são atualizadas periodicamente. Assim, a OMC regula o comércio, que fornece um bem público global de regras comerciais não discriminatórias, apoiando reformas domésticas nos países, por meio da sua agenda para a promoção da liberação comercial e adesão de novos membros, supervisionando a conduta de 98% do comércio mundial.<sup>70</sup>

Outro elemento que atesta a grande importância da OMC é que se trata de uma organização que administra seus acordos com trabalho regular, oferecendo um fórum permanente para negociações no âmbito do comércio internacional, solucionando as disputas que surgem nas relações comerciais entre os países. Como se observa, a OMC é um instrumento de cooperação internacional e um dos pilares centrais da ordem global, necessário à busca constante de bem estar e prosperidade em nível global e na colocação de valores fundamentais da democracia liberal.<sup>71</sup>

Todavia, não se pode deixar de lado todas as observações e críticas feitas à OMC, que deve reconhecer as próprias deficiências e falhas, com vistas a corrigir os erros e coibir eventuais abusos que queiram praticar os países economicamente mais fortes contra aqueles ainda em desenvolvimento. A OMC precisa levar em consideração cada vez mais as questões sociais e os problemas mundiais, como os que aqui foram abordados sobre a água e segurança alimentar. Necessita, ainda, adequar-se mais rapidamente à evolução inerente à “Agenda Digital”, para que não perca ainda mais espaço para os países, como os Estados Unidos, que estão na dianteira no que concerne a este setor.

Como se vê, não são poucos os desafios, mas a OMC deve assumir o seu papel de instituição regulatória primordial para o desenvolvimento social e ainda como um dos elementos essenciais de sustentação da moderna economia global.

## Referências

ABS/CBN. **WTO chief downplays Trump withdrawal threat**, September 1, 2018. Disponível em <https://news.abs-cbn.com/business/09/01/18/wto-chief-downplays-trump-withdrawal-threat>

<sup>70</sup> OSAKWE, Chiedu. *Future of the Multilateral Trading System*, cit., p. 9.

<sup>71</sup> “The WTO is one of the central pillars of the global order. The institution has delivered global public goods and welfare, which is more than economic; it has delivered the public goods of security, peace and stability. Moreover, it is a pillar of the global economy that is interdependent, structured on global value chains. Today, the WTO is confronted by difficulties and challenges. Nonetheless, the point which should not be missed is that the WTO represents something more than trade, a round of trade negotiations, or disputes. The WTO is a central pillar of the global order. As WTO Director-General Roberto Azevedo said, “it is impossible to imagine the world without the WTO.” The WTO is an indispensable organization; if it did not exist, it would have to be created. Yet, it is also true that it is confronted with challenges, not of an existential nature, but with a bearing on its effectiveness and contemporaneity for trade policy making and its centrality in international trading relations.” OSAKWE, Chiedu. *Future of the Multilateral Trading System*, cit., p. 5-6.

- AKHTAR, Shayerah Ilias; JONES, Vivian C. Proposed Transatlantic Trade and Investment Partnership (T-TIP): In Brief. **Congressional Research Service**, 2014. Disponível em: <http://www.fredsakademiet.dk/ordbog/tord/ttip.pdf> Acesso em 24 Jul. 2018.
- ALTMAN, Daniel. **O Futuro da Economia: As 12 tendências que vão transformar a economia global**. Trad. Afonso Celso da Cunha Serra. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.
- Bauman, Zygmunt. **Individualized Society**. Cambridge: Polity Press, 2001.
- BECK Ulrich. **Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade**. Tradução de Sebastião Nascimento. São Paulo: Editora 34, 2010.
- BELLO, Walden. **Deglobalization: Ideas for a New World Economy**. London: Zed Books, 2002.
- BELLO, Walden. The Global South. In: T. MERTES (ed.), **A Movement of Movements: Is Another World Really Possible?** London: Verso Books, 2004, p. 49-69.
- BRASIL. MRE. **Rodada de Doha da Organização Mundial do Comércio**. Disponível em <http://www.itamaraty.gov.br/pt-BR/politica-externa/diplomacia-economica-comercial-e-financeira/694-a-rodada-de-doha-da-omc> Acesso em 12 Jul. 2018.
- BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. **A construção política do Brasil – Sociedade, economia e Estado desde a Independência**. 2ª Ed. São Paulo: Editora 34, 2015.
- Bodin, Jean. **Les six livres de la République**. Geneve, 1629.
- BURRI, Mira, The International Economic Law Framework for Digital Trade. **Zeitschrift für Schweizerisches Recht**, Vol. 135, n. II, 2015, pp. 10-72.
- CAMPELO FILHO, Francisco Soares. **A função social da empresa como condição de possibilidade de sustentação do Estado social no mundo globalizado**. Dissertação de mestrado. Unisinos - RS, 2014. Disponível em: <http://www.repositorio.jesuita.org.br/handle/UNISINOS/4814> Acesso em 26 de Jul. 2018
- CANUTO, Otaviano. A Crise Asiática e seus desdobramentos. **Econômica**, n. 4, Rio de Janeiro, 2000, pp. 25-60. Disponível em <http://www.uff.br/revistaeconomica/v2n2/3-otaviano.pdf> Acesso em 06 Jul. 2018
- CHEVALLIER, Jacques. **O Estado Pós-Moderno**. Tradução de Marçal Justen Filho. São Paulo: Fórum, 2010.
- CNN. **Trump says US will impose steel and aluminum tariffs**, March 1, 2018. Disponível em: <https://edition.cnn.com/2018/03/01/politics/steel-aluminum-trade-trump-chaos/index.html>
- CNN. **Trade war: The US and China just slapped new tariffs on each other**, August 28, 2018. Disponível em <https://edition.cnn.com/2018/08/23/politics/china-us-tariffs/index.html>
- CRUZ, Paulo Márcio. **Da soberania à transnacionalidade: democracia, direito e estado no século XXI**. Itajaí: UNIVALI, 2011.
- GATT. **The General Agreement on Tariffs and Trade**, 1947. Disponível em [https://www.wto.org/english/docs\\_e/legal\\_e/gatt47.pdf](https://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/gatt47.pdf) Acesso em 10 Ago. 2018.
- GATT. **The Results of the Uruguay Round of Multilateral Trade Negotiations**, 1994. Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0034-73291998000200003](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-73291998000200003) Acesso em 10 Ago. 2018.
- HABERMAS, Jürgen. **A constelação pós nacional: ensaios políticos**. Trad. Márcio Seligmann-Silva. São Paulo: Littera Mundi, 2001.

- HARDIN, Garret. The Tragedy of the Commons. *Science*, Vol. 162, n. 3859, p. 1243-1248.
- HILLEBRAND, Evan E. Deglobalization Scenarios: Who Wins? Who Loses? *Global Economy Journal*, Vol. 10, n. 2, p. 1-21, 2010.
- IANNI, Octavio. Globalização e crise do Estado-Nação. *Revista Estudos de Sociologia*, Vol. 4, n. 6, p. 129-135, 2007.
- KRAJEWSKI, Markus. Protecting the Human Right to Water through the Regulation of Multinational Enterprises. In: J. Chaisse (Ed.), *The Regulation of the Global Water Services Market*. Cambridge: Cambridge University Press, 2017, pp. 167-195.
- LOZADA JR., Eriberto P. **Deglobalization and Decentralization of the WTO**, October 4, 2016 By comccullers Disponível em: <http://globalization.anthro-seminars.net/topics/economic/deglobalization-and-decentralization-of-the-wto/> Acesso em 28 de Jul. 2018
- MORAIS, José Luis Bolzan de. As crises do Estado. In: J. L. Bolzan de Moraes (org.), *O Estado e suas crises*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.
- Osakwe, Chiedu. Future of the Multilateral Trading System: Why the WTO Remains Indispensable?. *Asian Journal of WTO & International Health Law and Policy*, Vol. 10, n. 1, (March 30) 2015, p. 1-29. Disponível em <https://ssrn.com/abstract=2599404> Acesso em 11 Jul. 2018.
- POLANYI, Karl. **La grand transformação. Crítica del liberalismo económico**. Madri: La Piqueta, 1997.
- POLANYI, Karl. **Los límites del mercado. Reflexiones sobre economía, antropología y democracia**. Trad. Isidro López. Madrid: Editorial Capitán Swing Libros, 2014.
- REUTERS. **India takes U.S. steel tariffs complaint to the WTO**, May 23, 2018. Disponível em <https://www.reuters.com/article/us-usa-trade-india/india-takes-u-s-steel-tariffs-complaint-to-the-wto-idUSKCN11O1WP>
- REUTERS. **U.S. blocks WTO judge reappointment as dispute settlement crisis looms**, August 27, 2018. Disponível em <http://en.businesstimes.cn/articles/102370/20180829/trump-blocks-wto-judge-reappointment-as-china-initiates-dispute-with-us.htm>
- ROTH, Alvin E. **Como funcionam os mercados: a nova economia das combinações e do desenho de mercado**. Trad. Isa Mara Lando e Mauro Lando. 1ª ed. São Paulo: Editora Portfolio Penguin, 2016.
- SCHUTTER, Olivier de. The World Trade Organization and the Post-Global Food Crisis Agenda. **ACTIVITY REPORT - NOVEMBER 2011**. Disponível em [https://www.wto.org/english/news\\_e/news11\\_e/deschutter\\_2011\\_e.pdf](https://www.wto.org/english/news_e/news11_e/deschutter_2011_e.pdf) Acesso em 23 Jul. 2018.
- SILVA, Alice Rocha da. O redimensionamento da OMC no trato dos Acordos Comerciais Regionais. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 12, n. 2, 2014 p. 386-402.
- SOLON, Pablo. 'Deglobalisation' Is the Way to Reduce Inequality. Focus on the Global South. **Bangkok Post**, 8 de março de 2014. Disponível em <https://focusweb.org/content/deglobalisation-way-reduce-inequality-0> Acesso: 31 Jul. 2018
- SORENSEN, Georg. **La transformación del Estado: más allá del mito del repliegue**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010.
- TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. **Teoria Pluriversalista do Direito Internacional**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011.

THE GUARDIAN. **US-Canada trade talks miss deadline as Trump courts Mexico**, August 28, 2018. Disponível em <https://www.theguardian.com/us-news/2018/aug/31/nafta-deadline-canada-us-talks-trump-wto>

THORSTENSEN, Vera. A OMC - Organização Mundial do Comércio e as negociações sobre comércio, meio ambiente e padrões sociais. **Revista brasileira de política internacional**, Brasília, Vol. 41, n. 2, p. 29-58, 1998.

UN Committee on Economic, Social and Cultural Rights (CESCR), **General Comment No. 15: The Right to Water (Arts. 11 and 12 of the Covenant)**, 20 January 2003, E/C.12/2002/11, Disponível em: <http://www.refworld.org/docid/4538838d11.html> Acesso em 23 Jul 2018.

USA. Executive Office of the President. **TPP Full Text**. Disponível em <https://ustr.gov/trade-agreements/free-trade-agreements/trans-pacific-partnership/tpp-full-text> Acesso 25 Jul. 2018.

Vattel, Emmer de. **Law of Nations or the Principles of Natural Law Applied to the Conduct and to the Affairs of Nations and of Sovereigns**. New York: William S. Hein & Co, Inc., 1995.

VIEIRA, Gustavo Oliveira; D'ORNELLA, Maria Cristina Gomes da Silva. Direitos humanos e comércio internacional: a necessidade de construção de pontes por meio da segurança alimentar e os novos desafios da OMC. **Nomos : Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC**, Vol. 32, n. 2, 2012, p. 179-203.

WU, Chien-Huei; HUANG, Helen. Right to Water in the Shadow of Trade Liberalization. *In*: J. Chaisse (ed.), **The Regulation of the Global Water Service Market**. Cambridge: Cambridge University Press, 2016, p. 139-166.





# RASTREAMENTO DE CONTATOS COMO FERRAMENTA DE COMBATE À TRANSMISSÃO DO SARS-COV-2: *BENCHMARK* INTERNACIONAL, SOLUÇÕES TECNOLÓGICAS E CONSIDERAÇÕES ÉTICAS

*Antônio Glauter Teófilo da Rocha*<sup>1</sup>,  
*Marcos Cesar de Oliveira Pinto*<sup>2</sup>,  
*Marcelo Dias Varella*<sup>3</sup>,  
*Izabella Ribeiro Xavier*<sup>4</sup>

## RESUMO

A pandemia ocasionada pelo vírus humano Coronavírus SARS-CoV-2 tem se configurado em um dos maiores desafios à sociedade neste século. Dado que, no curto prazo, não há a perspectiva de vacinas ou tratamento para a doença, torna-se fundamental avaliar outras possibilidades que permitam desacelerar a sua transmissão. Este artigo investiga as soluções de rastreamento digital de contatos sendo exploradas em diferentes países, começando por um benchmark internacional, passando por um detalhamento do tipo de ferramenta sendo aplicada e avaliando as implicações éticas e relacionadas à privacidade ao se adotar tal estratégia. Conclui-se que as ferramentas podem trazer resultados positivos no combate à pandemia, mas que a estratégia de implementação deve ser feita de forma cuidadosa, tanto para garantir o bom funcionamento da ferramenta, como para afastar os temores que ela possa de alguma forma ferir direitos fundamentais ou invadir a privacidade dos cidadãos.

**CONTACT TRACING AS A TOOL TO COMBAT THE TRANSMISSION OF SARS-COV-2: INTERNATIONAL BENCHMARK, TECHNOLOGICAL SOLUTIONS AND ETHICAL CONSIDERATIONS**

## ABSTRACT

The global health crisis caused by the SARS-Cov-2 virus is being considered one of the most challenges to civilization in the 21<sup>st</sup> century. Since the prospects for a vaccine or an effective therapeutic treatment in the short run are low, new strategies are needed to prevent the spread of the disease. This article compiles the international experience on digital contact tracing solutions, goes on the show the potential tools that are available and, finally, analyses the ethical and privacy implications of such a scheme. We conclude that there is clearly potential for digital contact tracing to be a relevant tool in combating the spread of SARS-Cov-2. However, the implementation strategy must be carefully drawn, in order not only to make sure that the app

<sup>1</sup> Engenheiro civil pela UFC. Doutor e Mestre em Engenharia de Produção pela PUC/RIO. Doutorado Sanduíche e Especialização no Massachusetts Institute of Technology – MIT.

<sup>2</sup> Cientista da Computação formado na Universidade Estadual de Londrina e mestre em políticas públicas e desenvolvimento pelo IPEA - Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada.

<sup>3</sup> Professor do Programa de Mestrado e Doutorado em Direito do UNICEUB. Doutor em Direito. Bolsista de Produtividade em Pesquisa do CNPq.

<sup>4</sup> Mestre em Direito pelo programa do UniCEUB. Advogada junto ao escritório Barroso Fontelles, Barcellos, Mendonça & Associados.

works properly, but also to prevent the fear that it might in any way hurt citizens' basic rights or invade their privacy.

## 1. INTRODUÇÃO

O recém-diagnosticado vírus humano Coronavírus SARS-CoV-2 está resultando em altas taxas de mortalidade e sobrecarga incapacitante nos sistemas de saúde, devido à COVID-19, doença por ele causada. Em todo o mundo, governos, autoridades de saúde, centros de pesquisa, empresas e ONGs estão trabalhando juntos para encontrar soluções para a pandemia, para proteger as pessoas e para colocar a sociedade em normalidade novamente.

Atualmente, não existe tratamento comprovado disponível. Tampouco há uma vacina para a doença – a opinião majoritária, refletida, entre outros, por Amanat e Kramer (2020), é que vacinas demorarão, no mínimo, de 12 a 18 meses para estarem disponíveis. Impedir o alastramento descontrolado da transmissão é, portanto, uma prioridade. As únicas abordagens atualmente à disposição das autoridades de saúde pública para interromper o surto são as do controle clássico de epidemias: isolamento de casos, rastreamento e quarentena de contatos, distanciamento físico e medidas de higiene.

Como a transmissão do Coronavírus SARS-CoV-2 ocorre rapidamente e antes dos sintomas se manifestarem, como argumenta Ferretti *et al* (2020), é altamente improvável que a epidemia seja contida apenas pelo isolamento de indivíduos sintomáticos. Assim, do ponto de vista do controle clássico de epidemias, de forma geral, restariam o rastreamento e quarentena de contatos, o distanciamento físico e as medidas de higiene como estratégias disponíveis para o combate à propagação descontrolada da epidemia.

Por esse motivo, logo na emergência dos primeiros casos da COVID-19, nas fases iniciais da epidemia, uma das principais ações implementadas pelos órgãos de saúde pública no Brasil, assim como em vários outros países, foi o trabalho de mapear cada pessoa doente e depois descobrir com quem interagiram recentemente. A técnica, chamada “rastreamento de contato” (*contact tracing*), ajuda a controlar surtos de doenças infecciosas. Como o Coronavírus SARS-CoV-2 pode ser transmitido pela proximidade a indivíduos afetados, as organizações de saúde pública, também nesse caso, elegeram o “rastreamento de contatos” como uma ferramenta valiosa para ajudar a conter sua disseminação.

O processo não é fácil. Quando uma pessoa fica doente, é entrevistada por autoridades de saúde pública para descobrir quem foi exposto a ela. Em seguida, as autoridades, a partir dessa lista, trabalham para conscientizar essas pessoas que monitorem com atenção o eventual aparecimento de sintomas e, caso necessário, que fiquem de quarentena. Se uma pessoa exposta estiver infectada, seus contatos recentes também serão rastreados. O processo continua até que todos que foram expostos estejam fora de circulação. O objetivo é tentar interromper a transmissão do vírus.

No início do surto do coronavírus no Brasil, como na maioria dos países afetados, as autoridades de saúde pública cuidadosamente examinaram o histórico recente de contatos de todos os casos recém-diagnosticados de COVID-19. Mas quando o número de casos começou a crescer, essa atividade se tornou impeditiva, não havia recursos

humanos suficientes para rastrear contatos para cada nova infecção – até porque a quantidade de pessoas a serem verificadas cresce geometricamente.

De fato, de acordo com estudos baseados em modelagens matemáticas<sup>5</sup> o rastreamento convencional de contatos, por meio de entrevistas, na prática, só pode melhorar a contenção do surto de forma limitada. É muito lento e não pode ser ampliado depois que a epidemia cresce além da fase inicial, principalmente devido à limitação de pessoal nas instituições de saúde pública.

Ferretti *et al* analisaram os principais parâmetros de propagação da epidemia da COVID-19 para estimar a contribuição de diferentes rotas de transmissão e determinar os requisitos para isolamento de casos e rastreamento de contatos necessários para interrompê-la. Concluiu que a disseminação viral do SARS-CoV-2 é rápida demais para ser contida pelo isolamento de casos ou pelo rastreamento convencional de contatos, mas poderia ser controlada se esse último processo fosse mais célere, mais eficiente e acontecesse em escala.<sup>6</sup>

Tomando como base os resultados obtidos usando um modelo matemático geral de infecciosidade do SARS-CoV-2 por eles desenvolvido, os autores acreditam que um aplicativo de rastreamento de contatos que crie uma memória de contatos de proximidade e notifique imediatamente contatos de casos positivos pode obter um controle relativamente satisfatório de uma epidemia dessa natureza, se usado por pessoas suficientes. Mesmo considerando a alta taxa de transmissibilidade do SARS-CoV-2, eles acreditam que com um aplicativo para celular implementando rastreamento instantâneo de contatos seria possível reduzir a transmissão o suficiente para sustentar a supressão epidêmica, impedindo a propagação do vírus.

No Brasil, desde o dia 13 de março de 2020, quando o Ministério da Saúde comunicou da necessidade de intensificação das medidas de distanciamento social, com o objetivo de promover o achatamento da curva epidêmica de propagação do coronavírus no Brasil, essa passou a ser a principal medida de controle epidemiológico utilizado pela maioria dos estados e municípios, variando de caso a caso, dependendo da realidade de cada localidade. Trata-se da pandemia com maior mobilização dos entes públicos e privados e com maior mobilização de que se tem notícia no país, focada no isolamento.

Uma outra estratégia de saída da pandemia de coronavírus, discutida por alguns especialistas, pode ocorrer quando pessoas suficientes desenvolverem imunidade ao surto por infecção. Esse conceito controverso é conhecido como "*Herd immunity*". Está sendo usado na Suécia e foi adotado inicialmente como estratégia na Grã-Bretanha e na Holanda. Porém, esses dois últimos países mudaram recentemente de abordagem, após alertas de que esse método provavelmente sobrecarregaria seus sistemas de saúde e o número de mortos aumentaria.

Apesar de ainda haver alguma controvérsia, a maioria dos especialistas defendem que uma medida mais proativa, como o isolamento social, é a melhor maneira de se tentar conseguir esse achatamento da curva epidêmica no Brasil, mesmo sabendo que

<sup>5</sup> FRASER, C. *et al.* Factors that make an infectious disease outbreak controllable. Proc. Natl. Acad. Sci. U.S.A. 101, 6146– 6151. doi:10.1073/pnas.0307506101 Medline, 2004.

<sup>6</sup> FERRETTI, L. *et al.*. Quantifying SARS-CoV-2 transmission suggests epidemic control with digital contact tracing. Science 10.1126/science.abb6936, 2020

a subnotificação dos casos e a fila de exames podem impedir que a curva traduza de forma precisa o avanço da doença nas diversas localidades.

Entretanto, o impacto econômico e social causado pelo isolamento social e fechamento dos estabelecimentos não essenciais é significativo e apresenta elevado risco de diminuir sua eficácia no médio prazo, se tiver que ser prolongada por meses consecutivos. Indivíduos com baixa renda, em especial, têm capacidade limitada para permanecer em casa, e o apoio a pessoas em quarentena requer recursos vultosos, hoje escassos no País. Ademais, em momentos de escassez de recursos as empresas tendem a perder a confiança ao longo do tempo, causando ciclos de feedback negativo na economia, gerando impactos psicológicos duradouros.

Portanto, mesmo considerando a potencial eficácia da estratégia do distanciamento social em larga escala no controle da epidemia, é imperativo que sejam desenhadas e testadas medidas complementares a ela, que possam ajudar a suavizar as medidas de isolamento nos momentos mais críticos e viabilizar uma saída gradual delas no momento adequado, definido pelas autoridades de saúde pública.

Assim, o objetivo deste artigo é explorar a possibilidade de soluções tecnológicas que eventualmente contribuam para desacelerar a disseminação do COVID-19 e acelerar o retorno da vida cotidiana, seja por meio de identificação de aglomerações, seja pelo rastreamento de contatos. Esta avaliação engloba diferentes prismas: na seção 2, estabelece-se o conceito de rastreamento digital de contatos e a experiência internacional recente no uso desse tipo de ferramenta. Na seção 3 buscou-se um aprofundamento quanto ao tipo de solução e de serviços oferecidos a serem considerados na construção de uma solução de rastreamento digital de contatos para o Brasil. Na seção 4, são discutidas as questões éticas envolvidas nesse tipo de intervenção, especialmente no que se refere à privacidade e à segurança dos cidadãos. Por fim, na seção 5, são apresentadas as considerações finais.

## 2. O rastreamento digital de contatos – experiências internacionais

O rastreamento digital de contatos pode desempenhar um papel importante na complementação e possível suavização das medidas de isolamento social hoje vigentes no país, sem diminuir sua efetividade no controle da epidemia. O método pode oferecer benefícios tanto para a sociedade quanto para os indivíduos, ao mesmo tempo em que seu uso adequado pode ajudar a reduzir o número de casos de infecção.

Ademais, a utilização eficaz do mesmo deve permitir que as pessoas retomem, gradualmente, suas vidas de maneira informada, segura e socialmente responsável. Seu uso adequado pode ajudar a conciliar os benefícios públicos do controle da epidemia com a necessidade de maior autonomia das pessoas.

De uma forma geral, e no Brasil em especial, o alcance de uma ferramenta dessa natureza não é pleno. Existem grupos da população que não seriam atingidos, seja por falta de acesso à tecnologia necessária (*smartphone*, conexão de internet, etc) ou por características pessoais, como faixa etária ou nível educacional. Contudo, por meio de modelagem matemática é possível explorar diferentes cenários de alcance da utilização desse tipo de ferramenta no contexto atual brasileiro, para diferentes estratégias de flexibilização, suavização ou saída gradual do isolamento social de larga escala.

Um aplicativo de celular pode fazer o rastreamento e a notificação de contatos instantaneamente após a confirmação do caso de infecção pelo SARS-CoV-2. Ao manter um registro temporário de eventos de proximidade entre indivíduos, pode alertar imediatamente os contatos próximos recentes dos casos diagnosticados e solicitar que eles se auto isolem, que procurem imediatamente as autoridades de saúde pública para orientações, ou ainda já transmitir automaticamente a eles as orientações das autoridades, por exemplo.

Em vários países do mundo já vem sendo realizado trabalho importante para desenvolver tecnologias digitais de rastreamento de contato. Há também desenvolvedores de *software* contribuindo com a elaboração de ferramentas técnicas para ajudar governos e agências de saúde a reduzir a propagação do vírus, buscando manter a privacidade e a segurança do usuário.

A seguir, de forma sucinta, são apresentadas algumas experiências internacionais no uso dessas tecnologias para o combate à pandemia da COVID19, com a ressalva que, devido ao fato da pandemia ser um fenômeno recente, ainda há poucos estudos acadêmicos que comprovem a eficácia de tais soluções – especialmente que tenham passado por processos de *peer review*.

## 2.1. Singapura

A cidade-estado lançou um aplicativo chamado *TraceTogether*, em 20 de março de 2020, ferramenta suplementar para seus esforços de rastreamento de contatos, que dependiam da recuperação e memória de indivíduos infectados. O método funciona por meio de telefones com o aplicativo instalado, onde estes trocam sinais Bluetooth de curta distância quando seus usuários estão próximos um do outro. Os registros desses encontros, incluindo a duração, são armazenados em seus respectivos telefones por 21 dias. Os dados do local não são coletados pelo Governo, permanecem no aparelho do cidadão. Se um usuário for diagnosticado com COVID-19, ele poderá permitir que o Ministério da Saúde de Cingapura acesse os dados do aplicativo para identificar pessoas que tiveram contato próximo com o indivíduo infectado.

Em Cingapura, quando uma pessoa é contatada, ela é obrigada por lei a ajudar o Ministério da Saúde a mapear com precisão seus movimentos e interações para minimizar o risco de infecção generalizada. Isso inclui o fornecimento de cronogramas de localização e *logs* físicos ou digitais que podem ser coletados pelos aplicativos.

De acordo com o Gabinete do Primeiro Ministro de Cingapura, a resposta ao aplicativo foi "amplamente positiva". Mais de 500.000 usuários com um número de celular registrado em Cingapura baixaram o aplicativo *TraceTogether* nas primeiras 24 horas de seu lançamento, ou seja, cerca de 10% da população.

O Governo de Cingapura promete disponibilizar livremente sua tecnologia de rastreamento de contatos aos interessados em adotar a tecnologia por trás do aplicativo, podendo usar ou adaptar o aplicativo para suas necessidades, sem custos (*open source*).

No caso de Cingapura, além do uso intensivo de tecnologia, nota-se uma sociedade com grande confiança no poder público, forte poder de mobilização social e fácil

isolamento social pelas características geográficas. O desenvolvimento e início do uso do aplicativo deu-se após apenas 80 casos e foi acompanhado da possibilidade de testagem em massa de toda a população e uso de máscaras. Assim, todos os infectados eram objeto de um rastreamento pretérito, e as pessoas com quem tiveram contato recente eram objeto de testagem e isolamento. A partir do conjunto de medidas, foi possível manter o isolamento parcial da sociedade, com a manutenção das empresas e shoppings abertos.

## 2.2. China

Para evitar um surto maciço da doença na China, o governo chinês adotou medidas abrangentes de prevenção, incluindo bloqueio e restrição de viagens em várias cidades. Embora essas medidas ajudem significativamente a prevenir a transmissão de doenças, também causam transtornos à vida das pessoas em geral. Durante esse período, várias tecnologias de informação pessoais e baseadas em telefones celulares foram desenvolvidas e amplamente utilizadas na China, ajudando a reduzir a transmissão do COVID-19 e manter a ordem social normal.

A primeira dessas tecnologias a se destacar foi o “Aplicativo do código de *status* de saúde” (*The application of health status code*) lançado em 11 de fevereiro de 2020, na cidade de Hangzhou, Zhejiang. Com base em tecnologias de *big data* e internet móvel, os residentes e aqueles que entram na cidade precisam se inscrever online e receber um código verde, vermelho ou amarelo. As cores são baseadas nas informações relatadas pelos cidadãos, incluindo seu estado de saúde, histórico de viagens e se eles mantiveram contato recente com pessoas de áreas epidêmicas. Indivíduos com código verde podem viajar pela cidade, já aqueles com código vermelho ou amarelo devem primeiramente passar de 7 a 14 dias em quarentena. De acordo com a classificação, o governo restringe a viagem de pessoas com possível infecção, mas permite que as saudáveis viajem livremente e retomem o trabalho. Com base em um resumo da experiência local, o governo chinês promoveu um sistema unificado de códigos de saúde em todo o país.

Outra importante tecnologia utilizada na China é o “Aplicativo de Casos Diagnosticados na Comunidade”, que permite que as pessoas verifiquem a distribuição dos casos COVID-19 nas comunidades locais no mapa. O mapa abrange mais de 130 cidades chinesas e mostra o número e a localização do caso. Esse aplicativo ajuda as pessoas a gerenciar cuidadosamente suas viagens circundantes e a rever o potencial contato com os pacientes.

Com base nessas e outras experiências locais, a política de saúde pública da China foi implementada usando um aplicativo que não era obrigatório, mas era necessário para se mover entre quadrantes/bairros (*quarters*) e entrar em espaços e transportes públicos. O aplicativo permite que um banco de dados central colete dados sobre o movimento do usuário e o diagnóstico de coronavírus, exibindo um código verde, âmbar ou vermelho para permitir ou impor restrições ao movimento. O banco de dados é analisado por um algoritmo de inteligência artificial que emite os códigos de cores. O aplicativo associado é um *plug-in* para os aplicativos WeChat e Alipay.

Em paralelo, houve total bloqueio da região com maior número de casos. Ademais, funcionários de edifícios residenciais foram convocados para irem nos

apartamentos, medir a temperatura dos cidadãos e preencher dados em um aplicativo indicado pelo governo, de forma a alcançar os mais resistentes à acatar as medidas governamentais.

A China continental fora da província de Hubei recebeu significativamente mais entradas de Wuhan do que em qualquer outro lugar, devido à movimentação de pessoas em torno do Ano Novo Chinês e o início do bloqueio de Wuhan. Apesar disso, a supressão epidêmica sustentada foi alcançada na China: menos de 150 novos casos por dia foram relatados de 2 a 23 de março, abaixo dos milhares informados a cada dia no auge da epidemia. Em grande parte, isso foi conseguido usando tecnologia associada à recomendação da quarentena.

### 2.3. Israel

Após a decisão de rastrear os locais visitados pelos pacientes com coronavírus, o Governo de Israel lançou aplicativo de código aberto para avisar usuários de casos de coronavírus. O aplicativo israelense, chamado "The Shield" ("HaMagen", em hebraico), pode informar instantaneamente aos usuários se eles cruzaram o caminho com alguém já anteriormente notificado com infecção pelo coronavírus.

O aplicativo utiliza os dados de localização do telefone do usuário e os compara com as informações nos bancos de dados sobre os históricos de localização de casos confirmados, do Ministério da Saúde, para os 14 dias anteriores ao diagnóstico. Se o aplicativo não detectar que o usuário foi exposto, ele os informa que "de acordo com os dados coletados até o momento, nenhum ponto de interseção foi encontrado com pacientes infectados com coronavírus".

Nas palavras do Ministro Benjamin Netanyahu:

"We will dramatically increase the ability to locate and quarantine those who have been infected. Today, we started using digital technology to locate people who have been in contact with those stricken by the Corona. We will inform these people that they must go into quarantine for 14 days. These are expected to be large – even very large – numbers and we will announce this in the coming days. Going into quarantine will not be a recommendation but a requirement and we will enforce it without compromise. This is a critical step in slowing the spread of the epidemic."<sup>7</sup>

Até aquele momento, os movimentos de pessoas diagnosticadas com coronavírus eram publicados no site do ministério e em seu canal Telegram - mas avaliar se alguém poderia ter entrado em contato com uma pessoa infectada envolvia horas percorrendo as informações. O aplicativo - disponível para telefones Apple e Android – passou a fazer isso instantaneamente.

O aplicativo é *open source*, seu código já foi disponibilizado para especialistas na área e, em breve, será disponibilizado ao público em geral. Além disso, houve a alteração normativa, para permitir o uso de tecnologia anti-terrorismo, com a finalidade de

<sup>7</sup> <https://techcrunch.com/2020/03/18/israel-passes-emergency-law-to-use-mobile-data-for-covid-19-contact-tracing/>, acesso em 24.04.2020

realizar o rastreamento massivo de toda a população, por 30 dias, para conter a propagação do vírus.

#### 2.4. Suíça

A Suíça vem monitorando os dados do celular dos cidadãos para determinar se há necessidade de bloqueios. De fato, hoje as autoridades suíças estão usando esses dados para determinar se é necessário implantar bloqueios mais rigorosos, tendo em vista que diversas medidas de isolamento já foram impostas até o momento. Os dados dos telefones estão sendo rastreados para verificar se as pessoas estão ficando em casa e se optam por não se reunir em grupos. Se essas medidas não estiverem sendo seguidas, restrições mais extremas são definidas pelo governo. Exemplo disso ocorreu no dia 20 de março de 2020, quando o governo suíço implementou novas restrições, convidando as pessoas a ficarem em casa e proibindo grupos de mais de cinco pessoas sob a ameaça de uma punição, em princípio, na forma de multas.

Em seguida, anunciou que medidas mais extremas seriam adotadas, em duas etapas. A primeira é impor toque de recolher a partir das 18h diariamente, exigindo que todos fiquem em suas casas, a menos que saiam com uma desculpa válida, como fazer compras ou visitar um centro médico. O governo continuará a monitorar os metadados do telefone celular para determinar se isso está sendo cumprido. Caso contrário, toque de recolher completo, semelhante ao observado na Itália e na França, seria um possível passo adicional.

#### 2.5. Coreia do Sul

O governo sul-coreano está mapeando os movimentos de portadores de coronavírus, por meio de um "registro de viagem do paciente com vírus". Na prática, faz isso utilizando informações dos movimentos das pessoas antes de serem diagnosticadas com o vírus - refazendo suas etapas usando ferramentas como rastreamento por GPS de telefone, registros de cartão de crédito, vídeo de vigilância e entrevistas pessoais com os pacientes. A partir dessas informações, informa ao público, através de um site central e de mensagens de texto regionais, se eles cruzaram com pessoas infectadas, cujos nomes não são divulgados.

Devido a experiência com a crise do MERS no passado, a Coreia do Sul já havia revisado suas leis para conceder maior acesso às informações pessoais de pessoas infectadas. Agora, qualquer pessoa considerada culpada de mentir sobre detalhes considerados necessários para a contenção de infecções pode estar sujeita a um máximo de dois anos de prisão.

A Coreia do Sul conseguiu uma supressão epidêmica sustentada: 76 novos casos, em 24 de março, abaixo do pico de 909, em 29 de fevereiro. Esse resultado, em parte, está relacionado ao uso de um aplicativo de celular para recomendar quarentena. Por esse motivo, outros países da Ásia adotaram rapidamente sua própria versão do mapeamento de infecções da Coreia do Sul.

## 2.6 Google/Apple (Projeto da “Ferramenta de rastreamento de coronavírus”)

As empresas Apple e Google anunciaram a “Plataforma de rastreamento de contatos COVID-19”, seu projeto conjunto para ajudar governos e sociedade no combate a pandemia mundial. A plataforma poderá alertar as pessoas se elas forem expostas ao novo coronavírus. Diferentemente de outros métodos – como daqueles que usam dados de GPS – essa ferramenta, baseada em tecnologia Bluetooth, não rastreia a localização física das pessoas. Basicamente, capta os sinais de telefones próximos em intervalos de 5 minutos e armazena as conexões entre eles em um banco de dados. Se uma pessoa apresentar resultado positivo para o novo coronavírus, ele poderá dizer ao aplicativo que foi infectado e notificar outras pessoas cujos telefones passaram a curta distância nos dias anteriores.

Pelo anunciado até o momento nos documentos de especificação disponibilizados pelas empresas, tecnicamente a plataforma funcionaria da seguinte maneira:

- Se você testar positivo para COVID-19 e relatar ao aplicativo, o sistema deve enviar seus últimos 14 dias de “chaves” anônimas para um servidor. Os telefones de outras pessoas baixarão automaticamente as listas de chaves e, se tiverem uma “chave” correspondente no histórico, receberão uma notificação de exposição. O aplicativo precisará garantir que as pessoas estejam realmente infectadas. Atualmente, os testes COVID-19 são administrados por profissionais e registrados nas autoridades de saúde, portanto, talvez a Apple e o Google precisarão trabalhar em estreita cooperação com as autoridades de saúde locais para validar os testes. De qualquer forma, o planejado pelas empresas é que o compartilhamento das chaves deve ser voluntário.
- Se as pessoas compartilharem os dados conforme descrito acima, o telefone verificará a lista uma vez por dia e procurará as principais correspondências e notificará se encontrar alguma. O exemplo de alerta do aplicativo seria bastante simples, por exemplo: "Você foi exposto recentemente a alguém que testou positivo para COVID-19" e oferece um link com mais informações. Essas informações serão fornecidas pela autoridade de saúde que esteja oferecendo o aplicativo a seu critério, provavelmente explicando os sintomas do COVID-19 e as diretrizes da auto-quarentena.

Vale ressaltar que a exposição não é um processo binário simples: quanto mais tempo você passa com uma pessoa infectada, maior o risco. A documentação inclui referências à duração medida em intervalos de 5 minutos. Teoricamente, essas informações poderiam ser enviadas diretamente aos usuários ou oferecer uma avaliação geral dos riscos sem um número exato, o que proporcionaria um maior nível de anonimato.

## 3 Alternativas técnicas

Com base na experiência internacional e aplicando-a à realidade brasileira, cabe fazer uma análise sobre as possíveis soluções a serem implementadas. Esta análise pode ser dividida em duas grandes linhas: **tipo de solução e serviços oferecidos**. No processo de implementação, será necessária uma análise de custo-benefício que aponte quais serviços e tecnologias serão de fato aplicadas na solução brasileira.

### 3.1. Solução tecnológica

Antes de mais nada, todas as soluções discutidas no capítulo anterior são baseadas em informações coletadas pelos aparelhos celulares dos próprios cidadãos. Alguns países (notadamente a China) têm também adotado soluções de controle baseadas em dispositivos instalados nas residências (“Internet das Coisas”) – por exemplo, sensores que informam se o portão da casa de alguém em quarentena é aberto. No entanto, além das implicações de privacidade, esta solução, em um primeiro momento, teria questões operacionais, tecnológicas e orçamentárias que, no caso brasileiro, a inviabilizam. Assim, voltando para a premissa que o telefone celular do cidadão é a ferramenta principal de rastreamento disponível, há duas possibilidades de coleta de informações:

- por meio dos dados obtidos pelas operadoras de telefonia celular; ou
- por meio de aplicativos instalados nos aparelhos dos cidadãos.

As duas abordagens têm vantagens e desvantagens: a solução via operadoras não demanda esforço por parte dos cidadãos, e pode ser aplicada para qualquer tipo de aparelho. Por outro lado, os dados de localização oferecidos pelas operadoras são obtidos por meio de triangulação de estações rádio-base, e, portanto, são bem imprecisos.

A solução via aplicativos, por sua vez, depende dos cidadãos de fato instalarem o mesmo e darem as devidas permissões para o seu funcionamento. Ela não tem resultado com usuários que ainda usam os chamados *feature phones* (aparelhos que não permitem a instalação de aplicativos). Haveria a necessidade de um processo muito rápido de desenvolvimento e teste do aplicativo, que precisará funcionar em uma variedade imensa de aparelhos com especificações técnicas variadas para ter a efetividade desejada.

Na ausência de um mecanismo de coerção que assegure o uso do aplicativo ou o isolamento de quem estiver infectado, recomenda-se, também, campanhas publicitárias encampadas pelo governo federal em rede nacional, de esclarecimento e de reforço da eficácia do uso do aplicativo, bem como da imperatividade – em prol do coletivo – de se cumprir a quarentena.

### 3.2 Escopo dos serviços

Com base na experiência internacional e considerando-se as especificidades do Brasil, é possível identificar as seguintes soluções a serem implementadas no contexto de uma *toolbox* para isolamento social por meio de tecnologia celular:

**Identificação de multidões:** uso dos dados das operadoras para identificar, em tempo real, aglomerações acima do aceitável de acordo com parâmetros dos órgãos de saúde e vigilância sanitária da região. Importante identificar se a aglomeração ocorre em local aberto ou fechado, já que os últimos aumentam significativamente o risco de contaminação.

**Estatísticas de isolamento:** análise da taxa de isolamento de determinada área geográfica (quanto maior a granularidade possível, melhor) com base nos dados de operadoras ou, se possível, nos dados de aplicativo para *smartphones* desenvolvido para tal tarefa. A priori não precisa ser em tempo real – sugere-se uma análise diária.

**Rastreamento de contatos:** uso de aplicativos para identificar pessoas que tiveram contato com infectados, de modo a recomendar a quarentena e a atenção aos sintomas.

**Preservação de quarentena:** uso de aplicativos para verificar se pessoa infectada / suspeita está cumprindo a quarentena. Nesse caso, seria necessária uma solução para verificar periodicamente se o usuário está se mantendo no mesmo lugar – idealmente por meio de biometria.

As soluções com base em dados de operadoras têm a vantagem de ser de implementação mais rápida e, portanto, podem ser adotadas primeiramente. Para a solução de rastreamento de contatos, possivelmente o caminho mais rápido de implementação seria usar a solução já em desenvolvimento pela Google e pela Apple, mas de todo modo é importante a análise dos órgãos competentes quanto às alternativas disponíveis, inclusive com a eventual realização de pilotos.

Por outro lado, é importante também estabelecer os mecanismos de estímulo para que a população mais idosa (60 anos ou mais), de maior risco para a COVID-19, instale os aplicativos, sendo aspecto fundamental implementar sistemas de *zero rating* com as operadoras, de modo que o tráfego de Internet gerado pelos aplicativos não onere os cidadãos. Além disso, outra medida a ser adotada pode ser determinado programa de estímulo à substituição de *feature phones* por *smartphones* – de acordo com a pesquisa CETIC.br<sup>8</sup>, o uso de Internet por celulares nessa faixa etária é o mais baixo.

Por último, uma possível solução de preservação de quarentena é potencialmente a mais complexa de ser implementada. O grande desafio é identificar um mecanismo que, sem ser excessivamente intrusivo, evite que o cidadão simplesmente deixe o celular em casa e continue circulando. Idealmente seria necessária uma verificação biométrica a ser realizada de forma periódica, o que esbarra tanto na inconveniência do processo como em limitações tecnológicas, ainda mais considerando-se a grande variedade de aparelhos disponíveis no mercado, com diferentes especificações. Ademais, há uma questão logística/operacional complexa: caso o aplicativo detecte que o cidadão “não respeitou” a quarentena, quais são as consequências? Ele seria multado? Procurado pela polícia ou por profissionais de saúde? Em suma, esta solução, embora desejável, necessita de uma avaliação mais acurada sobre sua efetividade.

#### 4 Ética, privacidade e bem comum

Um dos principais marcos do *direito à privacidade* é o trabalho de Warren (ex-juiz da Suprema Corte dos Estados Unidos) e Brandeis<sup>9</sup>, no final do século XIX. O contexto da discussão teria sido o suposto vazamento não autorizado de fatos íntimos a respeito do casamento da filha de Warren, ou seja, tratava-se de verdadeira preocupação com a tutela da personalidade humana. Contemporaneamente, o também ex-Juiz da Suprema Corte Thomas Cooley cunhou a expressão *right to be let alone*, em clara preocupação com o fato de que fotografias instantâneas e empresas de comunicação teriam devassado a privacidade do lar. Já àquela época, falava-se na ameaça de numerosos dispositivos tecnológicos: “aquilo que é sussurrado na alcova deve ser berrado no

<sup>8</sup> <https://cetic.br/tics/domicilios/2018/individuos/C16/>

<sup>9</sup> WARREN, Samuel D.; BRANDEIS, Louis, D. Right to privacy. Harvard Law Review, v. IV, n. 5, December, 1890. Disponível em: <<http://faculty.uml.edu/sgallagher/Brandeisprivacy.htm>>. Acesso em: 28. jul. 2019.

telhado”. A fofoca – anteriormente, mero vício ocioso – teria se tornado um verdadeiro instrumento de barganha, um produto comercializável<sup>10</sup>. Passados quase 150 anos, a preocupação parece não ser muito diferente da externada na presente análise, exceto pela escala dos danos.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948) afirma que “ninguém sofrerá intromissões arbitrárias na sua vida privada, na sua família, no seu domicílio ou na sua correspondência, nem ataques à sua honra e reputação. Contra tais intromissões ou ataques toda a pessoa tem direito a proteção da lei”.

O desenvolvimento da tecnologia de coleta e sensoriamento implicou exponencial crescimento do recolhimento, processamento, utilização e circulação das informações. O contexto, portanto, é de verdadeira universalização da necessidade de tutela da privacidade<sup>11</sup>. No Brasil, a onda democrática trazida pela CF/88 optou por não utilizar o termo *privacidade*: a opção do legislador constituinte foi pelos termos *vida privada* e *intimidade*. De uma ou outra forma, o cerne ainda é o mesmo: trata-se da tutela de uma liberdade da pessoa, uma verdadeira necessidade do homem. Ou seja, a privacidade é interna ao homem, uma manifestação de sua personalidade em aspecto íntimo, que contribui para sua formação como humano. Não se trata, portanto, de mera segmentação entre público e privado, mas de verdadeira defesa da autodeterminação psicossocial, o núcleo essencial<sup>12</sup> da pessoa. A conduta protegida aqui é o recorte de quais aspectos da vida pessoal – justamente por se referirem apenas ao pessoal – podem ser conhecidos ou acessados por terceiros. A privacidade é a faculdade de fazer concessões no terreno mais reservado de sua existência<sup>13</sup>.

De modo geral, contudo, há certo consenso no que se tutela pela vida privada: convívio pessoal e familiar do indivíduo, círculo próximo da pessoa e importante forma de desenvolvimento de relações sociais e valores essenciais. O elemento central da vida privada seria a intimidade. Essa é a proteção da Constituição Federal e da própria legislação infraconstitucional, alçando o direito à privacidade ao patamar de um direito da personalidade e verdadeiro direito fundamental. Aliás, essa vem sendo a regra em outros países:

“O direito à privacidade começou a ser incluído na legislação civil – enquanto direito da personalidade – sendo, ao final, reconhecido como direito fundamental protegido em sede constitucional. Dentre as constituições atuais, observa-se que algumas Cartas preveem a privacidade apenas de forma genérica; em outras, a privacidade nos meios de comunicação e, por fim, há aquelas que protegem a privacidade sob esses dois aspectos e também a privacidade informacional, como as de Portugal, Hungria, Eslovênia e Rússia. Ainda

<sup>10</sup> CANCELIER, Mikhail Vieira de Lorenzi. *O Direito à Privacidade hoje: perspectiva histórica e o cenário brasileiro*. Sequência (Florianópolis), Florianópolis, n. 76, p. 213-239, 2017.

<sup>11</sup> DONEDA, Danilo. Considerações iniciais sobre os bancos de dados informatizados e o direito à privacidade. 2000. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/8196-8195-1-PB.htm>>. Acesso em: 28.jul. 2019.

<sup>12</sup> MACHADO, Joana de Moraes Souza. Caminhos para a tutela da privacidade a sociedade da informação: a proteção da pessoa em face da coleta e tratamento de dados pessoais por agentes privados no Brasil. 2014. 186 p. Tese (Doutorado) - Fundação Edson Queiroz, Universidade de Fortaleza, Centro de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito Constitucional, 2014. Disponível em: <<http://uolp.unifor.br/oul/ObraSiteLivroTrazer.do?method=trazerLivro>>. Acesso em: 28.jul. 2019.

<sup>13</sup> ARDENGHI, Régis Schneider. Direito à vida privada e direito à informação: colisão de direitos fundamentais. Revista da ESMESC. [S.l.], v. 19, n. 25, p. 227-251, 2012. Disponível em: <<http://revista.esmesc.br/re/article/view/57>>. Acesso em: 28. jul. 2019.

mais inovadora se apresenta a Constituição espanhola que além de garantir o direito à intimidade e à vida privada, à privacidade do domicílio, à privacidade das comunicações, ainda limita o uso da informática para garantir a intimidade pessoal e familiar (artigo 18). [...]. Hoje, a maior parte dos países democráticos tutela a privacidade na própria Constituição, exceto alguns países da raiz *common law*, como o Reino Unido, que reconhece o direito à privacidade mediante jurisprudência”<sup>14</sup>.

Nesse sentido, transplantando essa lógica aos tempos atuais, a relevância de se falar sobre privacidade, bem como sua aderência à realidade são notórias: recentemente acompanhamos na mídia os inúmeros escândalos envolvendo o *Facebook* e a comercialização de dados de usuários para empresas de análise comportamental que, alegadamente, influenciaram o resultado das eleições da maior economia do mundo. Ou seja, para além de mera publicidade comportamental, nossos dados podem estar sendo usados para manipulação de democracias. A discussão parece ganhar ainda mais relevo quando cuidamos de *aplicativos públicos ou de utilidade pública*, onde, ao menos em tese, apenas o interesse público deve prevalecer, alinhado à prestação cômoda do serviço à população.

Aqui, é fundamental ter em mente que o Marco Civil da Internet estabelece, como um direito básico do usuário de internet e como requisito para a guarda de dados, que o consentimento seja *livre, expresso e informado*, e que o dado guardado tenha relação direta de pertinência com a finalidade à qual foi dado o consentimento<sup>15</sup>. Também nesse caminho corre a Lei Geral de Proteção de Dados<sup>16</sup>, evidenciando que o ordenamento jurídico atual confere posição privilegiada ao consentimento.

Nesse contexto, registra-se que os provedores de aplicações veem no consentimento a materialização da *autodeterminação informativa* dos titulares dos dados. Ou seja, vê-se no consentimento uma forma de transferência integral da responsabilidade sobre com o que se concorda para os titulares das respectivas informações. Trata-se, portanto, de verdadeiro *disclaimer*, pois, partindo dessa premissa, os provedores de aplicações acabam explorando a posição vulnerável em que se encontra o usuário – e consumidor – do aplicativo, sob a ótica **jurídica** (não compreende a relevância do seu consentimento dentro daquele contrato), **técnica** (não compreende o que está sendo feito com seus dados), **econômica** (não tem poder de discutir as cláusulas contratuais, que são

---

<sup>14</sup> VIEIRA, Tatiana Malta. O direito à privacidade na sociedade da informação: efetividade desse direito fundamental diante dos avanços da tecnologia da informação. 2007. 297 p. Dissertação (Mestrado) - Universidade de Brasília, Faculdade de Direito, Programa de Pós-Graduação em Direito, Estado e Sociedade, 2007. Disponível em: <[http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/3358/1/2007\\_TatianaMalta-Vieira.pdf](http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/3358/1/2007_TatianaMalta-Vieira.pdf)>. Acesso em: 28. jul. 2019.

<sup>15</sup> Art. 7º O acesso à internet é essencial ao exercício da cidadania, e ao usuário são assegurados os seguintes direitos: (...) VII - não fornecimento a terceiros de seus dados pessoais, inclusive registros de conexão, e de acesso a aplicações de internet, **salvo mediante consentimento livre, expresso e informado ou nas hipóteses previstas em lei**; (...) IX - **consentimento expresso** sobre coleta, uso, armazenamento e tratamento de dados pessoais, que deverá ocorrer de forma destacada das demais cláusulas contratuais. Nesse mesmo sentido, o art. 16, também do MCI, dispõe: “Na provisão de aplicações de internet, onerosa ou gratuita, é vedada a guarda: I - dos registros de acesso a outras aplicações de internet sem que o titular dos dados tenha consentido previamente, respeitado o disposto no art. 7º; ou II - de dados pessoais que sejam excessivos em relação à finalidade para a qual foi dado consentimento pelo seu titular”.

<sup>16</sup> Confirmam-se os arts. 8º e 9º da LGPD.

nitidamente de adesão) e **informacional** (submete-se unicamente às informações unilateralmente disponibilizadas pelo provedor, sem mecanismos de controle efetivo)<sup>17</sup>.

Em alguns países, a discussão da privacidade se torna mais preocupante, porque já existe uma centralização dos mecanismos de identificação do cidadão. A simplificação da prestação de serviços públicos por meio de plataformas com identificação única permite da mesma forma a integração e disponibilização de todos os dados dos cidadãos, além do que pretendiam.

Na União Europeia, a preocupação com o tema parece estar bem acima dos demais países. Houve uma série de regulações sobre direito à privacidade, como a Convenção nº 108 do Conselho da Europa, sobre a proteção de pessoas em relação ao tratamento automatizado de dados de caráter pessoal; o Regulamento (UE) 2016/679, do Parlamento Europeu e do Conselho, relativo à proteção de pessoas físicas em relação ao tratamento de dados de caráter pessoal e a livre circulação destes dados; o Regulamento (UE) 910/2014 do Parlamento Europeu e do Conselho de 23 de julho de 2014 sobre a identificação eletrônica e os serviços de confiança para as transações eletrônicas no âmbito do mercado interior; o Regulamento de Execução (UE) 2015/102 da Comissão, que fixa as especificações técnicas e os procedimentos mínimos relativos aos níveis de garantia de meios de identificação eletrônica, entre outros. Ao mesmo tempo, houve a criação de uma autoridade que fiscaliza a proteção dos dados pessoais.

Em maio de 2019, o Governo francês publicou um decreto criando um novo mecanismo de identificação eletrônica, chamado Aplicativo de Leitura de Identidade do Cidadão em Mobilidade (AliceM), disponível em internet. O usuário do telefone informa seu número de celular, que recebe uma confirmação. Há um cadastro e verificação da biometria do usuário, com reconhecimento fácil estático, ou seja, com uma foto, ou dinâmico, com um vídeo do usuário mexendo o rosto. O usuário também cadastra uma senha pessoal. A proposta é que todas as pessoas com passaporte eletrônico ou cartão de estrangeiro possam baixar o aplicativo, fazer uma autenticação biométrica usando seu telefone e passar a usar serviços públicos.

Note-se que neste caso, além da possibilidade do reconhecimento facial, o cruzamento das informações disponíveis levaria a certeza da sua localização e hábitos, por meio de tecnologia de big data.

A Comissão Nacional de Informática e Liberdades da França foi incumbida de avaliar o projeto AliceM, que prevê o rastreamento de pessoas a partir do reconhecimento facial, usando múltiplas câmeras de segurança e que poderia ser expandida para várias finalidades, inclusive o combate a pandemia.

No tocante ao uso para múltiplos fins, a Comissão considerou que haveria abusos, pois não é possível acessar os serviços públicos sem realizar o reconhecimento facial e esse seria objeto de tratamento de dados do cidadão. A própria negação dos termos de acesso apenas pode ser realizada após o cadastramento. Na opinião da Comissão, se o não consentimento de tratamento de dados impede a pessoa de ter acesso a determinado serviço público, então há violação das normas europeias. Como os cidadãos não

---

<sup>17</sup> BIONI, Bruno R. Autodeterminação informacional: Paradigmas inconclusos entre os direitos da personalidade, regulação dos bancos de dados eletrônicos e a arquitetura da internet. Dissertação de Mestrado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2016.

têm outra alternativa para obter a identidade digital, além da leitura fácil e checagem de dados, haveria uma violação de direitos. Seria preciso dar a alternativa ao cidadão de validar sua identidade pessoalmente em algum órgão público, em vez de alimentar o sistema com mais dados e possibilitar à Administração o tratamento destes dados para outras finalidades.<sup>18</sup>

Considerou que a autorização dada pelo cidadão para criar sua identidade digital é muito genérica. O Estado pode usar os dados quando “necessário por motivos de interesse público Importantes”. Assim, fez sugestões à minuta de decreto, para a melhoria do serviço antes da sua implementação, de tal forma a garantir que o usuário tenha a real possibilidade de não autorizar o tratamento de dados, sobretudo com o reconhecimento facial, sem que seja privado do acesso aos serviços públicos.

Contudo, no tocante ao COVID-19, discute-se inclusive o aperfeiçoamento do sistema, para a identificação da proximidade com uma pessoa contaminada por meio de bluetooth. Nesse caso, sequer seria necessário o rastreamento. O celular dispararia um alarme quando o seu possuidor se aproximasse de alguém com outro celular identificado como sendo de posse de um contaminado.

Nota-se neste caso específico a importância de órgãos de controle para identificar até que ponto a pessoa que baixa um aplicativo – ou independente disso – pode ser exposta. Em geral, os cidadãos não param para avaliar os termos de consentimento, sendo que este trabalho é necessariamente realizado por ONGs ou por entidades governamentais.<sup>19</sup>

Como evidenciado na seção 2, vários países têm usado dados de telefone celular - de forma consensual ou não - para rastrear a circulação de cidadãos, a fim de verificar se as restrições impostas por conta do surto do coronavírus estão sendo mantidas ou para cumprir outras funções no combate à epidemia. É nesse ambiente que emerge o debate sobre as questões éticas envolvidas nesse tipo de intervenção, especialmente no que se refere à privacidade e à segurança dos cidadãos, usuários desses aparelhos.

No contexto desta proposta, em primeiro lugar, ressaltamos que a privacidade pessoal é importante e deve ser respeitada, mesmo durante uma pandemia. Contudo, não podemos nos alienar de que, durante um período de crise de saúde pública aguda, como a atual, se faz necessária alguma flexibilização a esse respeito - consciente, responsável e provisória. Saúde pública e privacidade individual precisam ser avaliadas de forma articulada, pesadas e ponderadas conjuntamente, sem perder de vista o bem comum.

Como relatamos na seção 1, quando apareceram os primeiros casos da doença no Brasil, uma das melhores ferramentas à disposição dos funcionários da saúde pública foi descobrir dos suspeitos de infecção onde estiveram recentemente e rastrear todos com quem estiveram em contato. Em prol do bem comum, não tiveram como evitar exigir informações privadas dessas pessoas. Mais ainda, possivelmente, precisaram

<sup>18</sup> COMMISSION Nationale de l’Informatique et des libertés. Délibération no 2018-342 du 18 octobre 2018 portant avis sur projet de décret autorisant la création d’un traitement automatisé permettant d’authentifier une identité numérique par voie électronique dénommé «Application de lecture de l’identité d’un citoyen en mobilité» (ALICEM) et modifiant le code de l’entrée et du séjour des étrangers et du droit d’asile demande d’avis no 18008244

<sup>19</sup> GONÇALVES, T. C. N. M. e VARELLA, M. D. Os desafios da administração pública na disponibilização de dados sensíveis *in* Revista DireitoGV, v. 14, n.2, 2018.

compartilhar algumas dessas informações, incluindo informações sobre a saúde de alguém.

Não houve aí nenhuma ilegalidade ou mesmo quebra de conduta ética. O sistema de saúde pública é configurado com permissões, proteções e obrigações legais diferentes das de um consultório médico normal e, por natureza, se relaciona de forma diferente no que diz respeito à privacidade do paciente. Nesse caso, era responsabilidade desses profissionais de saúde pesarem as questões de sigilo de informação dos indivíduos infectados contra os riscos e possíveis danos às pessoas por eles contatadas e ao restante da população. Precisaram coletar a quantidade mínima necessária de informação para atingir uma meta de saúde pública, usando-a apenas para essa atividade.

Os especialistas da área alertam ainda que o equilíbrio entre proteger a privacidade individual e coletar informações críticas para o bem comum muda ao longo da evolução de uma epidemia. Da mesma forma, a quantidade de dados que as autoridades de saúde pública precisam coletar e divulgar também mudam ao longo da trajetória do surto. Além disso, quanto maior a incerteza em relação à doença, maior a necessidade de se obter e distribuir informações dos pacientes. No caso da COVID-19, médicos e cientistas ainda estão no escuro sobre diversas nuances da doença. A coleta de informações detalhadas sobre saúde é, portanto, mais útil e mais importante nesse caso.

As informações de rastreamento digital são hoje onipresentes e podem facilitar a coleta de dados para uso das autoridades de saúde pública. Como vimos na seção 2, em Cingapura, na Suíça, na China, em Israel e na Coreia do Sul há uma extensiva coleta, utilização e disponibilização ao público de informações, por exemplo, de onde estão e onde já foram as pessoas com casos confirmados de COVID-19, por meio de aplicativo e outros dispositivos digitais. Quando se utiliza esses tipos de ferramentas, os mesmos princípios de saúde pública devem ser aplicados.

Assim como era antes, quando um oficial de saúde pública souber, por exemplo, para onde uma pessoa foi e, em nome do bem comum, precisar compartilhar essa informação, isso deve ser feito, nos limites do ordenamento legal e ético. Isso não é diferente do que acontece com as informações de rastreamento digital. O que acontece nesse caso é que se tornou muito mais fácil, rápido e barato coletar, tratar e distribuir essas informações, mas isso não o torna mais ético ou menos ético. Em resumo, rastrear para onde as pessoas vão e com quem interagem é algo que as autoridades de saúde pública fazem normalmente, com parte de seu ofício. É apenas mais fácil, mais rápido e mais efetivo com informações digitais.

Contudo, a privacidade individual e os riscos que podem advir da divulgação de informações pessoais de saúde - como estigma associados a certas enfermidades - ainda são preocupações críticas para as autoridades de saúde pública. Mesmo em casos de crises como a da COVID-19, há limites legais e éticos de privacidade que as autoridades devem respeitar ao obter e disponibilizar informações sobre a saúde das pessoas, principalmente se for sem seu consentimento. Quando se trata de rastreamento digital de contato, da mesma forma, não se pode deixar de respeitar esses limites.

Por último, um aspecto importante, do ponto de vista da privacidade e proteção aos dados pessoais, é garantir que as medidas de vigilância excepcionais não se tornem perenes, ou seja, que elas sejam descontinuadas após o final da pandemia. Dar esta

garantia aos cidadãos desde o início será um fator importante para tranquilizá-los e facilitar a adesão massiva ao programa.

As questões éticas levantadas pela vigilância em saúde só aumentarão. Como alerta Calvo<sup>20</sup>, muitas vezes, elas são vistas como uma troca de soma zero entre segurança e privacidade. Mas, como sugere o autor, existe uma alternativa produtiva: quando ambos os lados endossam o bem-estar como objetivo valorizado em conjunto, a vigilância em saúde pode ser um jogo de soma positiva, eficaz e escolhida livremente.

A Lei nº 13.460/2017 introduziu ao ordenamento jurídico a ideia de participação, proteção e defesa dos direitos do usuário dos serviços públicos da Administração Pública. Para além do fato de não afastar a incidência das normas protetivas dispostas no Código de Defesa do Consumidor (CDC), a legislação reforça os princípios já dispostos na Lei nº 8.789/95 e dispõe que *“os serviços públicos e o atendimento do usuário serão realizados de forma adequada, observados os princípios da regularidade, efetividade, segurança, atualidade, generalidade, transparência e cortesia”*.

A lei elenca algumas diretrizes que devem ser adotadas pelos prestadores de serviços públicos, tal como a adoção de medidas visando a proteção à saúde e a segurança dos usuários, assim como a aplicação de soluções tecnológicas que visem a simplificar processos e procedimentos de atendimento ao usuário e a propiciar melhores condições para o compartilhamento das informações.

No que se refere aos direitos básicos do usuário, destacam-se: (i) obtenção e utilização dos serviços com liberdade de escolha entre os meios oferecidos e sem discriminação; (ii) acesso e obtenção de informações relativas à sua pessoa constantes de registros ou bancos de dados, observado o disposto no inciso X do caput do art. 5º da Constituição Federal e na Lei nº 12.527/2011; e (iii) proteção de suas informações pessoais, também nos termos da Lei nº 12.527/2011.

Partindo-se da análise dos supracitados direitos, vê-se que, especificamente no que se refere à temática aqui tratada, ao usuário do serviço público deve ser concedida a proteção de suas informações pessoais, o que sugere, portanto, que a prestação dos respectivos serviços por meio de aplicativos móveis também deve contribuir para tal proteção, inegavelmente.

No entanto, há a hipótese de rastreamento digital, automático, sem o consentimento das pessoas. Haveria certas ponderações entre direitos fundamentais a serem realizadas:

- a) Seria possível avisar as pessoas que estão aglomeradas e isso as coloca em risco, mesmo sem ter sido solicitado?
- b) O contaminado teria direito à privacidade ao ponto de impedir que fosse exposto caso não mantenha o isolamento e exponha a risco outras pessoas?
- c) Seria possível realizar rastreamento de toda a população, independente do consentimento?

---

<sup>20</sup> Calvo, R *et al.* Health surveillance during covid-19 pandemic: How to safeguard autonomy and why it matters. *BMJ* 2020;369:m1373 doi: 10.1136/bmj.m1373, 2020.

Cabe então considerar se a proposta em discussão estaria no âmbito da Lei Geral de Proteção de Dados – LGPD. Embora atualmente a mesma não esteja em vigência, é bem possível que tenha a validade se iniciado quando eventual solução de rastreamento esteja em fase de implementação. O primeiro aspecto a ser considerado é se o tratamento de dados a ser realizado está de acordo com alguma das hipóteses de tratamento previstas no art. 7º.

*Art. 7º O tratamento de dados pessoais somente poderá ser realizado nas seguintes hipóteses:*

.....

*III - pela administração pública, para o tratamento e uso compartilhado de dados necessários à execução de políticas públicas previstas em leis e regulamentos ou respaldadas em contratos, convênios ou instrumentos congêneres, observadas as disposições do Capítulo IV desta Lei;*

.....

*VIII - para a tutela da saúde, exclusivamente, em procedimento realizado por profissionais de saúde, serviços de saúde ou autoridade sanitária;*

Claramente, é possível enquadrar as atividades de rastreamento tanto no inciso III), como também no inciso VIII. Cabe ressaltar que para ambos os incisos não é necessário o consentimento do cidadão. Adicionalmente, redação similar à do inciso VIII pode ser encontrada no art. 11, inciso II, alínea f, que trata dos casos em que, no tratamento de dados sensíveis, não é necessário consentimento. Cabe aqui ressaltar que informações de saúde são consideradas dados sensíveis, de acordo com o art. 5º, inciso II da mesma Lei.

Cabe ressaltar, porém, que o fato da Lei autorizar o tratamento não significa que não há uma série de requisitos a serem cumpridos, exatamente para salvaguardar a privacidade dos usuários, evitando o uso indevido das informações a serem tratadas. Primeiramente, é fundamental atender aos princípios elencados no art. 6º - de particular importância é o da finalidade – ou seja, os dados a serem tratados serão usados apenas para a finalidade específica informada aos cidadãos. No caso concreto, é uma premissa fundamental para conquistar a confiança da população, especialmente porque as informações coletadas (de localização e de contato) poderiam ser potencialmente utilizadas para outros fins – por exemplo, de segurança pública.

A importância da confiança pode ser demonstrada por um caso ocorrido em outra pandemia, a do vírus Ebola, em 2015: um jovem foi assassinado em uma guerra de gangues em Monrovia, capital da Libéria. O cadáver testou positivo para Ebola, o que levou à necessidade de se rastrear todas as pessoas que entraram em contato com ele – inclusive os próprios assassinos. Assim, o governo do país, com a ajuda de profissionais do CDC – Center for Disease Control – dos Estados Unidos, que estavam no país monitorando a evolução da doença, tiveram que rastrear os contatos e conquistar a confiança deles para que ficassem em isolamento, garantindo que não seriam perseguidos pela polícia no processo.<sup>21</sup>

---

<sup>21</sup> [https://www.washingtonpost.com/national/health-science/a-corpse-tests-positive-for-ebola-and-an-unusual-murder-investigation-ensues/2016/12/16/8fec6004-c224-11e6-9a51-cd56ea1c2bb7\\_story.html](https://www.washingtonpost.com/national/health-science/a-corpse-tests-positive-for-ebola-and-an-unusual-murder-investigation-ensues/2016/12/16/8fec6004-c224-11e6-9a51-cd56ea1c2bb7_story.html)

Ainda nessa linha, um aspecto fundamental para se conquistar a confiança da população é por meio da transparência. Nesse aspecto, a LGPD estabelece uma série de provisões que devem ser seguidas, tais como a elaboração de relatórios de impacto à proteção de dados pessoais (art. 5º, XVII) e a necessidade de se informar as hipóteses em que o tratamento de dados é realizado pela administração pública (art. 23, I).

Por último, é fundamental garantir que a solução técnica seja robusta e que minimize a possibilidade de ataques de qualquer tipo. É o que preconiza o art. 46 da respectiva lei:

*Art. 46. Os agentes de tratamento devem adotar medidas de segurança, técnicas e administrativas aptas a proteger os dados pessoais de acessos não autorizados e de situações acidentais ou ilícitas de destruição, perda, alteração, comunicação ou qualquer forma de tratamento inadequado ou ilícito.*

Ademais, o art. 50, que trata da necessidade do estabelecimento de melhores práticas de governança para o trato com os dados pessoais torna fundamental a adoção dos conceitos de *privacy by design* e *security by design* – ou seja, os temas de privacidade e segurança da informação devem estar imbricados em todo o processo de desenvolvimento da solução, e não apenas uma mera adequação posterior da ferramenta.

Em suma, e à luz do que preconiza a LGPD, considera-se possível adotar uma solução em favor da coletividade, mas limitando o impacto à privacidade do cidadão individual. Uma pessoa contaminada pratica um ilícito penal caso não se mantenha em quarentena.<sup>22</sup> De forma a evitar a prática de crime, não seria um abuso à Lei Geral de Dados Pessoais exigir a informação sobre a contaminação e rastrear o celular das pessoas infectadas. O direito dos demais indivíduos de serem alertados sobre riscos à sua saúde se sobrepõe ao direito de privacidade da pessoa contaminada que não cumpre a quarentena e pratica um ilícito penal.

Por último, cabe uma discussão além da letra fria da Lei sobre a necessidade do consentimento do cidadão envolvido. A eficácia de uma solução de rastreamento de contatos é proporcional à parcela da população participante – o que poderia indicar que a adoção de uma solução sem consentimento dos cidadãos seria justificada pelo privilégio ao coletivo ao invés do individual. Por outro lado, como já mencionado antes, construir confiança é aspecto fundamental para o sucesso de uma iniciativa como estas. A possibilidade do usuário consentir (ou recusar o consentimento) de parte ou de todas as funcionalidades da aplicação pode ser uma forma de deixá-lo mais seguro quanto à utilização da ferramenta. É uma discussão complexa, da qual pode depender o sucesso da iniciativa.

---

<sup>22</sup> **Infração de medida sanitária preventiva**

Art. 268 - Infringir determinação do poder público, destinada a impedir introdução ou propagação de doença contagiosa:

Pena - detenção, de um mês a um ano, e multa.

Parágrafo único - A pena é aumentada de um terço, se o agente é funcionário da saúde pública ou exerce a profissão de médico, farmacêutico, dentista ou enfermeiro.

**Omissão de notificação de doença**

Art. 269 - Deixar o médico de denunciar à autoridade pública doença cuja notificação é compulsória:

Pena - detenção, de seis meses a dois anos, e multa.

## 5 Considerações Finais

Acreditamos que as evidências apresentadas justificam a realização de estudos, por parte do governo brasileiro, para a eventual utilização das novas tecnologias digitais de combate à COVID-19. Os recursos para isso existem. As tecnologias são viáveis e estão disponíveis, inclusive com código aberto (*open source*). O *know-how*, o como fazer, as experiências supracitadas mostram. E, principalmente, já há indicações preliminares de bons resultados da implementação dessas tecnologias, conforme apresentado.

A utilização dessas soluções tecnológicas, especialmente do rastreamento digital de contato, pode contribuir em todas as fases da curva epidêmica. A solução tecnológica e o escopo dos serviços utilizados variarão em importância de acordo com a fase da curva em que cada localidade se encontre, por isso, é imperativo que o desenvolvimento das soluções contemple uma multiplicidade de serviços, utilizando-se das diversas tecnologias disponíveis.

Na fase em que a maioria das localidades se encontram atualmente, faixa mais à esquerda da curva, de crescimento exponencial ou acelerado da epidemia, as autoridades de saúde – além do esforço hercúleo de fornecer o atendimento médico-hospitalar para os infectados e fortalecer o sistema de saúde - se concentram em reduzir o ritmo de crescimento de novas infecções, para promover o chamado “achatamento da curva”, impedindo que o número de casos ultrapasse a capacidade de atendimento do sistema de saúde, evitando seu colapso.

Nessa etapa, o rastreamento deve atuar como mecanismo de apoio às atuais medidas de distanciamento ou isolamento social adotadas em vários estados e município do País. Para tanto, deve estar preparado para oferecer, de imediato, os serviços de “Identificação de multidões” e de “Estatísticas de isolamento”, abordados na seção 3. A maneira, menos precisa, mas de mais rápida implementação é o uso de informações das operadoras de celular para identificar e dispersar grandes aglomerações de pessoas. Estes serviços permitirão que as autoridades aperfeiçoem seu planejamento – por meio da análise da taxa de isolamento de determinada área geográfica - e, principalmente, atuem para inibir aglomerações acima do aceitável pelos parâmetros dos órgãos de saúde e vigilância sanitária da região, seja por meio da criação de multas, ação policial ou endurecimento das medidas de isolamento. Cabe ressaltar que já existe uma solução desenvolvida pelas operadoras de telefonia celular, que estão dispostas a cedê-la ao governo federal gratuitamente, como já tem sido feito com alguns estados.

Situação diferente ocorre na parte descendente da curva, impondo a necessidade de implementação de outros serviços. Os especialistas mostram que, assim como a fase de crescimento de uma epidemia é exponencial, a parte final da curva - diminuição da taxa de crescimento dos novos casos - também o será, afinal, quanto menos pessoas se infectam por dia, menor o número de doentes. Segundo os especialistas, o decaimento é também exponencial, iniciando quando o número de curados por dia for maior que o número de novos infectados por dia. Entretanto, mesmo quando isso ocorrer, ainda não será a hora de abandonar as medidas de controle, mas de incrementá-las ou substituí-las por soluções mais adequadas a essa nova realidade.

Se medidas adequadas não forem adotadas também nessa fase, poderão ocorrer subseqüentes ondas da epidemia, defendem os especialistas. Estudos mostram que

uma segunda onda de epidemia pode acontecer, por exemplo, quando se alcança o pico da curva não porque saturou o número de infectados e o número de pessoas suscetíveis está baixo, mas porque as medidas de distanciamento ou isolamento social fizeram efeito. Assim, no caso em que o decaimento exponencial é alcançado graças à eficiência do isolamento social, se as pessoas forem colocadas novamente em contato, abre-se a possibilidade de um segundo pico epidêmico.

Para que isso não aconteça, os novos infectados precisam continuar sendo identificados e devidamente isolados do resto da população que ainda está suscetível a ser infectada. Nesse momento, de saída gradual do isolamento, o rastreamento convencional de contatos utilizado no início do surto é claramente ineficiente, devido ao contraste entre escala de pessoas a serem rastreadas e o efetivo de pessoal disponível para realizar a tarefa. Nesse contexto, o rastreamento digital de contato vai se mostrar imprescindível.

Assim, nessa segunda fase da epidemia, além dos serviços mais imediatos de “Identificação de multidões” e de “Estatísticas de isolamento”, deve-se ainda contar com os serviços de “Rastreamento digital instantâneo de contatos” - para identificar pessoas que tiveram contato com infectados, de modo a recomendar a atenção aos sintomas, teste e eventual quarentena - e de “Preservação de quarentena” - para verificar se pessoa infectada ou suspeita de infecção está cumprindo a quarentena.

Estes serviços demandam o desenvolvimento (ou adaptação) e disponibilização para a população de aplicativo projetado especificamente para esse fim. Nessa fase, não apenas os aspectos técnicos são mais desafiadores, mas também é de fundamental importância levar em consideração aspectos de respeito à privacidade dos cidadãos. Embora esteja clara a supremacia do interesse público na questão em monta, é fundamental para o sucesso da implementação que os cidadãos confiem no aplicativo, tanto do ponto de vista técnico (ou seja, ele terá mínimo efeito na *performance* do seu celular, e não incorrerá em custos na sua utilização), como também do ponto de vista da privacidade (eventuais dados coletados serão usados apenas para os fins de combate à pandemia). Assim, estabelecer uma relação de confiança com a sociedade e implementar uma solução tecnológica que maximize a confiabilidade, a segurança e o bom desempenho da aplicação são aspectos fundamentais para o sucesso da iniciativa.

Por último, cabe ressaltar que esta foi apenas uma observação preliminar das soluções sendo adotadas em outros países, e suas potenciais implicações. Mais estudos são necessários, não apenas para o desenvolvimento de uma solução técnica adequada às peculiaridades do Brasil, mas também contemplando aspectos como a estratégia de implantação da ferramenta, o uso de elementos de economia comportamental para ampliar a adesão da população, além da própria medição dos potenciais resultados por meio de testes controlados em públicos vulneráveis, como profissionais de saúde.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Amanat, F., & Krammer, F. (2020). SARS-CoV-2 vaccines: status report. *Immunity*.

ARDENGGHI, Régis Schneider. Direito à vida privada e direito à informação: colisão de direitos fundamentais. Revista da ESMESC. [S.l.], v. 19, n. 25, p. 227-251, 2012. Disponível em: <<http://revista.esmesc.org.br/re/article/view/57>>. Acesso em: 28. jul. 2019.

BIONI, Bruno R. Autodeterminação informacional: Paradigmas inconclusos entre os direitos da personalidade, regulação dos bancos de dados eletrônicos e a arquitetura da internet. Dissertação de Mestrado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2016.

Calvo, R et al (2020). Health surveillance during covid-19 pandemic: How to safeguard autonomy and why it matters. BMJ 2020;369:m1373 doi: 10.1136/bmj.m1373 (Published 6 April 2020)

CANCELIER, Mikhail Vieira de Lorenzi. O Direito à Privacidade hoje: perspectiva histórica e o cenário brasileiro. Sequência (Florianópolis), Florianópolis, n. 76, p. 213-239, 2017.

COMMISSION Nationale de l'Informatique et des libertés. Délibération no 2018-342 du 18 octobre 2018 portant avis sur projet de décret autorisant la création d'un traitement automatisé permettant d'authentifier une identité numérique par voie électronique dénommé «Application de lecture de l'identité d'un citoyen en mobilité» (ALICEM) et modifiant le code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile demande d'avis no 18008244

DONEDA, Danilo. Considerações iniciais sobre os bancos de dados informatizados e o direito à privacidade. 2000. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/8196-8195-1-PB.htm>>. Acesso em: 28.jul. 2019.

Fraser, C. et al (2004). Factors that make an infectious disease outbreak controllable. Proc. Natl. Acad. Sci. U.S.A. 101, 6146– 6151. doi:10.1073/pnas.0307506101 Medline

Ferretti, L. et al (2020). Quantifying SARS-CoV-2 transmission suggests epidemic control with digital contact tracing. Science 10.1126/science.abb6936.

GONÇALVES, T. C. N. M. e VARELLA, M. D. Os desafios da administração pública na disponibilização de dados sensíveis in Revista DireitoGV, v. 14, n.2, 2018.

Hellewell, J. et al (2020). Feasibility of controlling COVID-19 outbreaks by isolation of cases and contacts. Centre for the Mathematical Modelling of Infectious Diseases COVID-19 Working Group, Lancet Glob. Health 8, e488–e496. doi:10.1016/S2214-109X(20)30074-7 Medline.

MACHADO, Joana de Moraes Souza. Caminhos para a tutela da privacidade a sociedade da informação: a proteção da pessoa em face da coleta e tratamento de dados pessoais por agentes privados no Brasil. 2014. 186 p. Tese (Doutorado) - Fundação Edson Queiroz, Universidade de Fortaleza, Centro de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito Constitucional, 2014. Disponível em: <<http://uolp.unifor.br/oul/ObraSiteLivroTrazer.do?method=trazerLivro>>. Acesso em: 28.jul. 2019.

Peak, C. M. et al (2017). Buckee, Comparing nonpharmaceutical interventions for containing emerging epidemics. Proc. Natl. Acad. Sci. U.S.A. 114, 4023–4028. doi:10.1073/pnas.1616438114 Medline.

VIEIRA, Tatiana Malta. O direito à privacidade na sociedade da informação: efetividade desse direito fundamental diante dos avanços da tecnologia da informação. 2007. 297 p. Dissertação (Mestrado) - Universidade de Brasília, Faculdade de Direito, Programa de Pós-Graduação em Direito, Estado e Sociedade, 2007. Disponível em:

<[http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/3358/1/2007\\_TatianaMaltaVieira.pdf](http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/3358/1/2007_TatianaMaltaVieira.pdf)>. Acesso em: 28. jul. 2019.

WARREN, Samuel D.; BRANDEIS, Louis, D. Right to privacy. Harvard Law Review, v. IV, n. 5, December, 1890. Disponível em: <<http://faculty.uml.edu/sgallagher/Brandeisprivacy.htm>>. Acesso em: 28. jul. 2019.

## FONTES DAS INFORMAÇÕES SOBRE AS EXPERIÊNCIAS INTERNACIONAIS:

### Apple/Google:

“Apple and Google partner on COVID-19 contact tracing technology”. <https://blog.google/inside-google/company-announcements/apple-and-google-partner-covid-19-contact-tracing-technology>. Acessado em 14/04/2020.

“Privacy-Preserving Contact Tracing”. <https://www.apple.com/covid19/contacttracing/>. Acessado em 14/04/2020.

“How you’ll use Apple and Google’s coronavirus tracking tool”. <https://www.theverge.com/2020/4/10/21216715/apple-google-coronavirus-covid-19-contact-tracing-app-details-use>. Acessado em 14/04/2020.

“What is contact tracing? Google and Apple announced today that they’ll use Bluetooth to track COVID-19 cases”. <https://www.theverge.com/2020/4/10/21216550/contact-tracing-coronavirus-what-is-tracking-spread-how-it-works>. Acessado em 14/04/2020.

“Apple and Google are building a coronavirus tracking system into iOS and Android: Potentially a huge step forward in the fight against COVID-19”. <https://www.theverge.com/2020/4/10/21216484/google-apple-coronavirus-contrast-tracing-bluetooth-location-tracking-data-app>. Acessado em 14/04/2020.

“Answering the 12 biggest questions about apple and google’s new coronavirus tracking Project: What the technical documents tell us about the project’s privacy and security measures”. <https://www.theverge.com/2020/4/11/21216803/apple-google-coronavirus-tracking-app-covid-bluetooth-secure>. Acessado em 14/04/2020.

### Cingapura:

“Singapore says it will make its contact tracing tech freely available to developers”. <https://www.cnbc.com/2020/03/25/coronavirus-singapore-to-make-contact-tracing-tech-open-source.html>. Acessado em 15/04/2020.

### China:

Pan, Xiao-Ben (2020). Application of personal-oriented digital technology in preventing transmission of COVID-19, China. Irish Journal of Medical Science (1971 -) <https://doi.org/10.1007/s11845-020-02215-5>.

“China's coronavirus health code apps raise concerns over privacy”. <https://www.theguardian.com/world/2020/apr/01/chinas-coronavirus-health-code-apps-raise-concerns-over-privacy>. Acessado em 15/04/2020.

### Coréia do Sul:

A ‘travel log’ of the times in South Korea: Mapping the movements of coronavirus carriers”. [https://www.washingtonpost.com/world/asia\\_pacific/coronavirus-south-korea-tracking-apps/2020/03/13/2bed568e-5fac-11ea-ac50-18701e14e06d\\_story.html](https://www.washingtonpost.com/world/asia_pacific/coronavirus-south-korea-tracking-apps/2020/03/13/2bed568e-5fac-11ea-ac50-18701e14e06d_story.html). Acessado em 15/04/2020.

**Israel:**

“Israel Unveils Open Source App to Warn Users of Coronavirus Cases”. <https://www.haaretz.com/israel-news/israel-unveils-app-that-uses-tracking-to-tell-users-if-they-were-near-virus-cases-1.8702055>. Acessado em 15/04/2020.

**Suíça:**

“Switzerland monitoring mobile phone data to determine further lockdowns: Report”. <https://www.thelocal.ch/20200324/further-lockdowns-in-switzerland-to-be-determined-by-mobile-phone-data>. Acessado em 15/04/2020.

“Switzerland bans gatherings of more than five people but curfew avoided”. <https://www.thelocal.ch/20200320/switzerland-bans-gatherings-of-more-than-five-people-but-curfew-avoided>. Acessado em 15/04/2020.

‘Help is coming’: What you need to know about Switzerland's new emergency coronavirus measures”. <https://www.thelocal.ch/20200320/help-is-coming-what-you-need-to-know-about-the-swiss-governments-new-emergency-coronavirus-measures>. Acessado em 14/04/2020.



## A LEI KANDIR E A DESONERAÇÃO DAS EXPORTAÇÕES: ANÁLISE DA ADO 25

*Lais Khaled Porto<sup>1</sup>,  
Hadassah Laís de Sousa Santana<sup>2</sup>,  
Celso de Barros Correia Neto<sup>3</sup>*

### RESUMO

O presente artigo analisa o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 25, no qual se discutiu a omissão legislativa federal no que se refere à edição da lei complementar prevista no art. 91 do ADCT, para disciplinar o montante a ser transferido pela União aos Estados e ao Distrito Federal, em substituição à transferência prevista na Lei Complementar nº 87/1996. O artigo apresenta breve histórico a respeito da autonomia federativa e da disciplina do ICMS na Constituição Federal de 1988. Discute, em seguida, os fundamentos adotados pelo STF e as consequências da decisão do Tribunal. A pesquisa é descritiva e parte de abordagem sócio jurídica, utilizando-se das técnicas de estudo de caso e pesquisa bibliográfica, para resultados de natureza qualitativa, obtidos a partir de método dedutivo.

**PALAVRAS-CHAVE:** ICMS. Lei Kandir. Desoneração das Exportações. Federalismo Fiscal.

### THE KANDIR LAW AND THE EXCHANGE OF EXPORTS: ADO 25 ANALYSIS

#### ABSTRACT

The present article analyses the judgment of the Direct Action of Unconstitutionality by Omission nº 25, which discussed the legislative omission on editing the complimentary law indicated by the article 91 of the Transitory Constitutional Provisions Act, to discipline the amount to be transferred from the Union to the States and Federal District, in replacement of the transference regulated by the Complementary Law nº 87/1996. The article presents a brief historic about the federative autonomy and of the ICMS's discipline in the Federal Constitution of 1988. It discusses, next, the fundaments adopted by the STF and the consequences of the Court's decision. The research is descriptive and departs from a social juridical approach, by utilizing techniques of case study and bibliographic research, to results of qualitative nature, obtained from a deductive method.

<sup>1</sup> Advogada. Doutoranda em Direito Constitucional pelo Instituto Brasiliense de Direito Público. IDP, na área de concentração Ordem Econômica e Social, Desenvolvimento e Inovação. Professora da Graduação do IDP. Pós-Graduada em Direito Tributário e Finanças Públicas e Mestra em Direito Constitucional.

<sup>2</sup> Doutora em Educação pela Universidade Católica de Brasília - UCB. Mestre em Direito Tributário pela Universidade Católica de Brasília (2014). Possui especialização em direito Tributário e Finanças Públicas pela Escola de Administração Fazendária - ESAF (2011). Assessora legislativa tributária em liderança na Câmara Federal. Professora no Instituto Brasiliense de Direito Público - IDP. Professora convidada na graduação da Escola de Políticas Públicas e Governo da FGV (FGV/EPPG). Advogada.

<sup>3</sup> Doutor em Direito Econômico, Financeiro e Tributário pela Universidade de São Paulo (2013) e graduado em Direito pela Universidade Federal de Alagoas (2007). Consultor Legislativo da Câmara dos Deputados e Advogado. Foi Assessor e Chefe de Gabinete de Ministro do Supremo Tribunal Federal. Professor do Instituto Brasiliense de Direito Público.

**KEYWORDS:** ICMS. Kandir Law. Exemption of the Exports. Fiscal Federalism.

## INTRODUÇÃO

A crise financeira vivenciada pelo Estado brasileiro tem se agravado nos últimos anos<sup>4</sup>. O *déficit* das contas públicas estaduais tem diferentes causas. Decorre, entre outros fatores, da má gestão de recursos, de irresponsabilidade fiscal e do desvio de verbas. Sua identificação, contudo, não resolve magicamente o problema.

Os governos têm contas a pagar e serviços sociais a custear. Os governos estaduais, principalmente, afundam em resultados deficitários, pelo que muitos se encontram à beira de decretar situação de calamidade.

Nesse cenário, ainda que o “bolo orçamentário”, como um todo, esteja menor, todos estão empenhados a conseguir a maior fatia possível. Conseqüentemente, cresce a atenção em relação às questões tributárias e aos conflitos federativos, que perpassam desde as diferentes formas de guerras fiscais à discussão sobre valores de repasses da União aos entes subnacionais, na tentativa de cada ente em obter a maior parcela de recursos possível.

O conflito federativo analisado pelo presente trabalho não é novo, mas remonta a décadas de discussões, protagonizadas, especialmente, por estados que baseiam grande parte de sua economia na exportação de produtos primários e semielaborados, como é o caso do Pará e de Minas Gerais, que têm como uma das principais atividades econômicas a extração e exportação mineral, e do Mato Grosso, grande exportador de grãos, especialmente soja.

Esses estados sofreram grande redução arrecadatória em virtude da desoneração do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS) sobre as exportações e da ausência de um regramento de compensação adequado, levando-os a discutir a questão no Supremo Tribunal Federal.

O cenário nacional posto já no final de 2015 e agravado nos anos seguintes, conforme variação do PIB, traz a atenção legislativa às finanças estaduais e, em um dos momentos de auge, no final de 2016, o STF julga a matéria na Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 25.

Nesse contexto, o presente trabalho busca, mediante técnicas de estudo de caso e revisão da literatura jurídica sobre o tema, analisar, por meio de abordagem sociojurídica, o federalismo fiscal, desenvolvimento regional e autonomia dos entes federados, a fim de compreender o processo de instituição da desoneração do ICMS sobre exportações - da Lei Kandir à sua inclusão na Constituição Federal - e as conseqüências decorrentes do julgamento da ADO 25.

Complementa-se, por meio deste, estudo anterior, de autoria de José Roberto Rodrigues Afonso, Lais Khaled Porto e Celso de Barros Correia Neto, publicado em

---

<sup>4</sup> A alegação toma como base o crescimento da dívida pública, em especial a partir de 2014, tendo esta alcançado, em 2017, patamar percentual não registrado desde 2004, conforme demonstrativo do IPEA – Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada: <<http://www.ipeadata.gov.br/ExibeSerie.aspx?se-rid=38388>>, acesso em 06.05.2018.

setembro de 2018 nesta mesma revista<sup>5</sup>. Naquele, o enfoque era institucional e econômico; neste, volta-se aos aspectos jurídicos, desde os princípios constitucionais às diversas alterações normativas empreendidas no âmbito da própria Constituição e em legislação infraconstitucional.

O modelo metodológico escolhido foi inspirado na obra *Tributação e Direitos Fundamentais conforme a jurisprudência do STF e STJ*, coordenada pelos professores Paulo Gonet Branco, Liziane Angelotti Meira e Celso de Barros Correia Neto<sup>6</sup>.

A Constituição de 1988 foi tomada como início do marco temporal, que se estendeu até o momento de submissão do trabalho – janeiro de 2018 – do qual se analisa, descritivamente, os motivos e desdobramentos qualitativos da decisão do STF – considerados pontuais acréscimos de atualização em agosto 2020.

## 1. O PAPEL DO ESTADO BRASILEIRO NO INCENTIVO À ATIVIDADE ECONÔMICA E NO DESENVOLVIMENTO REGIONAL

A Constituição Federal de 1988, assentada no esforço de construção de um Estado Social no Brasil e também na tentativa de descentralização fiscal em favor de Estados e Município, incorporou em seu texto uma política solidária de redução de desigualdades e de desenvolvimento social e regional dentre seus objetivos fundamentais<sup>7</sup>.

Tais objetivos encontram-se expressos em seu artigo 3º que, na expressão de Pablo Lucas Verdú, constituiria a “cláusula transformadora” da Constituição pátria, previsão de caráter progressivo, dinâmico e inacabado que demanda uma atitude positiva, constante e diligente por parte do Estado ante a observância do “*contraste entre a realidade social injusta e a necessidade de eliminá-la*”<sup>8</sup>.

Desse modo, a CF/88 previu a concessão de incentivos regionais, conforme disposição do artigo 43, §2º, inciso III, que compreendem isenções, reduções e diferimento temporário de tributos federais devidos por pessoas físicas ou jurídicas.

Nesse sentido, o artigo 151, inciso I, da CF/88, admite que a União imponha distinções tributárias entre regiões quando estas servirem ao alcance de almejada isonomia socioeconômica. Justifica-se, assim, a concessão de incentivos fiscais que promovam a instalação de empreendimentos em regiões menos desenvolvidas, desde que observados os princípios da igualdade (artigo 150, II, CF/88) e, tanto quanto possível, da neutralidade econômica dos tributos<sup>9</sup>. É inconstitucional, por outro lado, a concessão, pela União, de incentivos fiscais que criem ou agravem diferenças regionais.

<sup>5</sup>AFONSO, José Roberto Rodrigues. PORTO, Lais Khaled CORREIA NETO, Celso. As Compensações Financeiras da União aos Estados e a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 25. In: **NOMOS: Revista do Curso de Mestrado em Direito da UFC**. Disponível em: <<http://www.periodicos.ufc.br/nomos/article/view/20362>>. Acesso em: 27 set. 2018.

<sup>6</sup>BRANCO, Paulo Gonet; MEIRA, Liziane Angelotti; CORREIA NETO, Celso de Barros. **Tributação e Direitos Fundamentais conforme a jurisprudência do STF e do STJ**. São Paulo: Saraiva 2012.

<sup>7</sup>Art. 3º. *Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; II - garantir o desenvolvimento nacional; III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.* (grifo nosso).

<sup>8</sup>BERCOVICI, **Desigualdades Regionais, Estado e Constituição**. São Paulo: Max Limonad, 2003, p. 13.

<sup>9</sup>SCAFF, Fernando Facury. Efeitos da Coisa Julgada em Matéria Tributária e Livre-Concorrência. In: MACHADO, Hugo de Brito (coord). **Coisa Julgada: Constitucionalidade e Legalidade em Matéria Tributária**. São Paulo: Dialética, 2006, p. 114

Todo incentivo fiscal tem, pelo menos, duas faces: a promocional e a da renúncia de receita<sup>10</sup>. As escolhas públicas – especialmente as de política fiscal – geram custos econômicos e sociais e o agente político não tem capacidade de calcular seu impacto total. Exige-se, na concessão de incentivos fiscais, o mesmo zelo e controle da implementação de gastos diretos.

Mais delicada ainda é a situação quando a União abre mão de um tributo estadual ou municipal. Nesses casos, na ausência de uma forma eficaz de compensação, o ônus da lacuna arrecadatória recai sobre o ente subnacional, que não necessariamente se beneficia da concessão estipulada. Foi o que ocorreu com a desoneração do ICMS sobre as exportações de produtos primários e semielaborados, estabelecida pela Lei Complementar de nº 87, em 1996 e, ao depois, incorporada ao texto constitucional pela Emenda Constitucional nº 42/2003, de que trataremos a seguir.

## 2. A AUTONOMIA DOS ENTES FEDERADOS

A Constituição de 1988 consagra o modelo Federativo de Estado, o qual pressupõe, nas palavras de Heleno Taveira Torres, a existência de “[...] *centros de poder, dotados de autonomia, desprovidos de hierarquia uns em relação aos outros, diferenciados apenas pelas atribuições de competências, convergem para uma unidade, que é a organização do Estado*”<sup>11</sup>.

O próprio modelo exalta, pois, a autonomia dos entes federados, a qual se manifesta na relativa independência entre os entes federal, estaduais e municipais no que tange à capacidade legislativa, administrativa, financeira e tributária.

As capacidades financeira e tributária são requisitos essenciais para garantir que o ente federado possa se autogovernar, bem como atenda às atribuições que lhes são constitucionalmente impostas. Nas palavras de Luiz Guilherme de Oliveira:

No Federalismo Fiscal o sistema tributário deve ser estruturado de forma a distribuir as receitas públicas entre as várias unidades e esferas administrativas, visando proporcionar condições para atender às demandas que lhes são exigidas<sup>12</sup>.

A esse respeito, ressalta, também, Luciano Fuck:

[...] que as competências tributárias amparam a autonomia financeira e também a política, uma vez que permitem aos entes federados aumentar ou reduzir a imposição tributária, inclusive permitindo a criação de micropolíticas extrafiscais<sup>13</sup>.

Desse modo, a capacidade tributária das unidades da Federação faz com que, ainda que os agentes econômicos estejam sujeitos a processos tributários semelhantes em âmbito nacional, possam existir diferenças tributárias entre um Estado e outro, ou entre um Município e outro<sup>14</sup>.

<sup>10</sup> Cf. CORREIA NETO, Celso de Barros. **O Averso do Tributo**. 2ª ed. São Paulo: Almedina, 2016.

<sup>11</sup>TORRES, Heleno Taveira. **Direito Constitucional Financeiro: Teoria da Constituição Financeira**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 245.

<sup>12</sup>OLIVEIRA, Luiz Guilherme. **Federalismo e Guerra fiscal**. São Paulo, 1999. Disponível em: <<http://revistas.pucsp.br/index.php/rpe/article/view/11917>>. Acesso em: 18 nov. 2016.

<sup>13</sup>FUCK, Luciano Felício. **Estado Fiscal e Supremo Tribunal Federal**. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 89.

<sup>14</sup> Os incentivos fiscais influenciam não somente os Estados ou Municípios que os concedem, mas repercutem também sobre os entes que não implementaram igual “benesse” e que, portanto, apresentarão

A nosso ver, o termo federalismo se traduz pela convivência na unidade, respeitadas as diversidades, ou seja, o federalismo aproxima-se da ideia de pluralismo, na concepção de mundo que respeita as diferenças e, por isso mesmo, admite a premissa de igualdade. Tal concepção se exerce na perspectiva da distribuição espacial de poder.

Quando falamos em federalismo com esse conteúdo, podemos contatar uma tensão interna permanente inerente a esse conceito, pois trabalha com aspectos inicialmente opostos: liberdade e autoridade, igualdade e diferença, diversidade e unidade, autonomia e interdependência, centralização e descentralização, independência e entendimento comum, integração e dispersão. Tal fato, na verdade, reafirma seu valor ao invés de destituí-lo, pois é justamente nessa tensão que o federalismo se firma como a opção viável para a sociedade – fragmentada e pluralista – nas formas de organizações territoriais de poder, visando uma distribuição espacial de poder<sup>15</sup>.

Assim, o exercício da autonomia por cada ente em benefício próprio, sem observância do todo federativo, gera verdadeira distorção em nosso modelo de federalismo cooperativo, no qual a cooperação dá lugar à competição predatória.

A tarefa da União, nesse quadro, torna-se sobremaneira complexa, estimulando não raramente tentativas de centralização de atribuições e recursos públicos em favor da União, em prejuízo da autonomia dos entes subnacionais. No entanto, ainda que a mudança fosse considerada vantajosa, deve-se considerar que:

[...] a Constituição não admite retrocesso quanto à opção pelo federalismo cooperativo, como nota evidente da rigidez da Constituição material. Por cláusula pétrea que define a identidade do Estado brasileiro, queda-se afastada qualquer tentativa de regresso à unidade, ou medida que confira prevalência da unidade central em detrimento da descentralização das competências legislativas ou ainda algum prejuízo à redução das desigualdades regionais ou à promoção do desenvolvimento equilibrado<sup>16</sup>.

No mais, a competência tributária rígida da CF/88 constitui garantia do federalismo, limitando o legislador ordinário e o próprio legislador constituinte derivado, de modo a impedir alterações constitucionais que privem os entes políticos dos recursos necessários para fazer frente às atribuições constitucionais que lhe são próprias<sup>17</sup>.

### 3. O ICMS NA CONSITUIÇÃO DE 1988 E ALTERAÇÕES SUBSEQUENTES

O ICMS, previsto no artigo 155 da Constituição Federal, entrou em vigor cinco meses após a promulgação da Carta Magna de 1988, ou seja, a partir de 1º de abril de 1989, conforme previsão do artigo 34 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT). Trata-se de imposto de competência dos Estados e Distrito Federal, com repasse de 25% do produto de sua arrecadação aos municípios (artigo 158, inciso IV).

---

desvantagem comparativa no âmbito econômico – logo, menos vantagem para a atividade empresarial que recolha o tributo em questão -, gerando as chamadas “guerras fiscais”.

<sup>15</sup>BERNARDES, Wilba Lúcia Maia. **Federação e Federalismo**. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.p. 47-48.

<sup>16</sup>TORRES, Heleno Taveira. **Direito Constitucional Financeiro: Teoria da Constituição Financeira**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 273.

<sup>17</sup>FUCK, Luciano Felício. **Estado Fiscal e Supremo Tribunal Federal**. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 90.

A CF/88 ampliou o alcance do imposto, acrescentando-lhe o “S” de serviços. Passou a incluir a circulação de combustíveis, lubrificantes, energia elétrica, minerais e serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação. Os demais serviços, porém, continuaram a ser tributados pelos municípios, por meio do ISS, pelo que não se pode comparar a base do ICMS com a dos IVAs (Impostos sobre o Valor Adicionado).

A disciplina constitucional do ICMS sofreu quatro alterações desde a promulgação do texto original da CF/88: as realizadas pelas Emendas Constitucionais 3/93, 33/01, 42/03 e 87/2015.

A principal modificação trazida pela EC 3/93 foi a do §3º do artigo 155. O texto original previa que este seria o único tributo a incidir “sobre operações relativas a energia elétrica, combustíveis líquidos e gasosos, lubrificantes e minerais do País”. A redação modificada estende a tributação unicamente pelo ICMS aos serviços de telecomunicações e derivados de petróleo, em termos gerais, retirando do texto a especificação expressa quanto a lubrificantes e aos estados de matéria dos combustíveis, o que não acarreta qualquer prejuízo prático.

Nessa época, em que pese já ter sido concretizada uma alteração constitucional na base do ICMS, conforme Emenda Complementar apontada ao norte, o normativo que deveria regular o imposto ainda restava pendente de edição. Pela regra geral de competência do artigo 146, inciso III, alínea *a*, da CF/88, a regulamentação geral do ICMS deveria ser feita por lei complementar. Nesse sentido, o artigo 34, §8º, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT) concedeu o prazo de 60 dias para sua edição pelo legislativo. O mesmo dispositivo, contudo, anteviu a possibilidade de omissão, determinando que, nesse caso, o imposto seria instituído e regulamentado provisoriamente por convênio celebrado entre Estados e Distrito Federal, conforme Lei Complementar nº 24/1975 – que regulamente a celebração de convênios para a concessão de isenções tributárias.

Assim, foi o ICMS provisoriamente regulamentado pelo Convênio nº 66/88 do CONFAZ, que em seu artigo 3º, inciso I, regulou a não incidência do ICMS sobre produtos industrializados destinados ao exterior, mantendo-se nos exatos termos da previsão constitucional. A vigência do Convênio perdurou por onze anos e ocasionou diversos questionamentos, a despeito do reconhecimento de sua constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal em diversos julgados, dos quais tomamos como exemplo o RE nº 154.478/SP – ED<sup>18</sup> e o AI 195.556 – AgR.<sup>19</sup>

Apenas em 1996, com a publicação da Lei Complementar 87/96, mais conhecida como Lei Kandir, deu-se, enfim, a devida regulamentação do ICMS. Referido dispositivo legal também sofreu diversas modificações por meio da LC 92/97, LC 99/99, LC 102/00, LC 114/02, LC 115/02, LC 116/03, LC 120/05 e LC 138/2010. Para Ricardo Varsano:

As principais alterações introduzidas pela lei — exoneração de todas as exportações e dos bens de capital e redução da cumulatividade presente no ICMS — pretendiam promover o crescimento econômico e remover entraves às exportações de modo a permitir o aumento das importações de que o país

<sup>18</sup> RE 174.478-2/SP, Tribunal Pleno, Rel. para o acórdão Min. Cezar Peluso, julgado em 17.03.05. DJe de 30.09.05.

<sup>19</sup> AI 195.556- AgR, 1ª Turma, Rel. Min. Moreira Alves, julgado em 26.03.02. DJe de 17.05.02.

necessitava para seu desenvolvimento sem criar desequilíbrios no balanço de pagamentos<sup>20</sup>.

Das alterações implementadas pela Lei Kandir, destaca-se a desoneração das exportações por seu artigo 3º, inciso II, que prevê a não incidência do imposto sobre “operações e prestações que destinem ao exterior mercadorias, inclusive produtos primários e produtos industrializados semielaborados, ou serviços”. Nesse sentido, frisa-se que a CF/88 previa, à época, em seu artigo 155, §2º, inciso X, alínea *a*, a não incidência do ICMS tão somente “sobre operações que destinem ao exterior produtos industrializados, excluídos os semielaborados definidos em lei complementar”.

Em seguida, adveio a EC 33/01, que alterou o dispositivo que trata da incidência do ICMS sobre bens e mercadorias importadas (artigo 155, §2º, inciso IX, alínea *a*), especificando que sua incidência se dá seja o importador pessoa física ou jurídica, ainda que não seja contribuinte habitual do imposto.

Em 2003, a EC 42/03 alçou à escala Constitucional a desoneração do ICMS sobre exportações de produtos primários e semielaborados introduzida pela Lei Kandir (artigo 155, §2º, inciso X, alínea *a*). A mesma emenda estabeleceu, ainda, a não-incidência do imposto “nas prestações de serviço de comunicação nas modalidades de radiodifusão sonora e de sons e imagens de recepção livre e gratuita” (artigo 155, §2º, inciso X, alínea *d*).

Por fim, a EC 87/2015 alterou a legislação referente à circulação de mercadorias entre Estados, tendo importantíssimo papel no âmbito do comércio remoto, realizado especialmente *online*, nas quais, nos estados onde havia predominância de consumo, deixavam de receber o tributo referente à transação, o que levava à grave situação de guerra fiscal.

A partir de referida emenda, as vendas interestaduais contaram com repasse tributário do Estado no qual se realizou a venda àquele em que foi feita a compra, tal qual novo regramento do artigo 155, §2º, inciso VII<sup>21</sup>. Referidos repasses devem ser feitos de acordo com as previsões constantes do artigo 99, ADCT, também instituídas pela EC 87/2015.

### 3.1 A DESONERAÇÃO DO ICMS SOBRE PRODUTOS PRIMÁRIOS E SEMIELABORADOS DESTINADOS À EXPORTAÇÃO

A Constituição Federal de 1988, quando de sua promulgação, previa hipótese de não incidência do Imposto Sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS) na exportação, tão somente, de produtos industrializados e de parte daqueles compreendidos na categoria de semielaborados, conforme definição a cargo de lei complementar<sup>22</sup>.

<sup>20</sup> VARSANO, Ricardo. **Fazendo e Desfazendo a Lei Kandir**. Banco Interamericano de Desenvolvimento - BID, ago/2013. p.02.

<sup>21</sup> Artigo 155, §2º, inciso VII-(...) *nas operações e prestações que destinem bens e serviços a consumidor final, contribuinte ou não do imposto, localizado em outro Estado, adotar-se-á a alíquota interestadual e caberá ao Estado de localização do destinatário o imposto correspondente à diferença entre a alíquota interna do Estado destinatário e a alíquota interestadual;*

<sup>22</sup> A primeira definição no sentido se deu por meio de Convênio, de nº 66/1988, do Conselho Nacional de Política Fazendária (Confaz), o qual foi substituído pela Lei Complementar 65, de 1991, que tinha como objetivo definir quais os produtos semielaborados que poderiam sofrer tributação do ICMS quando de sua exportação.

A previsão, contida no artigo 155, §2º, inciso X, alínea *a*, da CF/88, previa a não incidência do ICMS tão somente sobre operações que destinassem ao exterior produtos industrializados, excluídos os semielaborados definidos em lei complementar.<sup>23</sup>

Em suma, permitia-se a exportação de tributos agregados às mercadorias o que, conforme Fernando Facury Scaff “*contraria qualquer lógica econômica em situação de concorrência*”<sup>24</sup>.

Nesse momento, em especial, o Brasil sofria com o fenômeno inflacionário que se instalou na década de 1980 e que culminou em grande e necessária mobilização para a estabilização econômica do país com o Plano Real, em 1994. Explanam Costa, Zurutuza e Silva, que o Plano Real:

(...) intensificou o programa de privatizações das estatais, elevou a taxa básica de juros da economia, manteve o processo de abertura econômica, apostou na lógica de sobrevalorização da moeda nacional e passou a incentivar a entrada de bens importados com o objetivo de limitar o aumento de preços do mercado interno. Em decorrência dessas medidas, o país passou a atrair volumes consideráveis de capital especulativo, o parque industrial nacional perdeu competitividade, o capital produtivo nacional se retraiu, as importações cresceram consideravelmente e, como corolário, o país passou a lograr recorrentes *déficits* nas transações correntes com o resto do mundo.

Assim, como consequência do país ter passado de um *superávit* comercial de US\$ 10,4 bilhões no ano de 1994, para *déficits* nos anos seguintes – US\$ 3,4 bilhões em 1995, US\$ 5,6 bilhões em 1996, US\$ 6,8 bilhões em 1997, US\$ 6,6 bilhões em 1998, 1,3 bilhões em 1999 e US\$ 731 milhões no ano de 2000 -, foi alinhavado um contexto histórico, político e econômico favorável à adoção de medidas que aumentassem a competitividade dos bens nacionais no mercado internacional, em transições correntes, sustentando, com isto, a estratégia de estabilização econômica adotada<sup>25</sup>.

Nesse contexto, quase uma década após a constituinte, foi promulgada a lei regulamentadora do ICMS, Lei Complementar nº 87, de 13 de setembro de 1996, também conhecida como Lei Kandir. Por seu intermédio, ampliou-se a desoneração do ICMS então incidente sobre exportações, passando a alcançar, também, os produtos primários e a parte restante dos produtos semielaborados. Em suma, o ICMS passou a não incidir sobre nenhuma mercadoria destinada ao exterior, nos termos do artigo 3º, inciso II, da Lei Kandir<sup>26</sup>.

<sup>23</sup>Art. 155. *Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir: I - impostos sobre: (...) b) operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior; (...) § 2º O imposto previsto no inciso I, b, atenderá ao seguinte: (...) X - não incidirá: a) sobre operações que destinem ao exterior produtos industrializados, excluídos os semi-elaborados definidos em lei complementar;(...)*

<sup>24</sup> SCAFF, Fernando Facury. A desoneração das exportações e o fundo da Lei Kandir: análise com foco no setor mineral. In. **Revista Fórum de Direito Financeiro e Econômico – RFDFFE**. Belo Horizonte, ano 1, n. 1, p. 3956, mar./ago. 2012. p. 43.

<sup>25</sup>COSTA, Eduardo José Monteiro da; ZURUTUZA, José Dias de Carvalho; SILVA, Tatiane Vianna da. **A Lei Kandir e a Derrocada do Federalismo Brasileiro**. 2º Ed. Belém: Marques Editora, 2017, p. 26-28.

<sup>26</sup>Art. 3º O imposto não incide sobre:II - operações e prestações que destinem ao exterior mercadorias, inclusive produtos primários e produtos industrializados semi-elaborados, ou serviços; (grifo nosso)

Ademais, a LC nº 87/1996 instituiu o direito ao aproveitamento dos créditos relativos a insumos integrados ou consumidos na produção de mercadorias industrializadas e semielaboradas destinadas ao exterior, conforme artigo 32<sup>27</sup>.

Também a Lei Kandir previu a entrega mensal de recursos, da União para os Estados e DF – 25% destes distribuídos a seus Municípios<sup>28</sup> –, conforme produto de sua arrecadação efetivamente realizada no período de junho de 1995 a junho de 1996, conforme redação original do artigo 31<sup>29</sup>.

Inicialmente, referida regra de repasse deveria vigorar até 2002, conforme se extrai do texto original. Contudo, acabou sendo estendida para os exercícios financeiros de 2003 a 2006 pela Lei Complementar 115/2002.

Não se alterou somente o prazo: com a edição da LC 102/2000, a definição da quantidade de recursos a ser entregue a cada ente deixou de seguir o critério proporcional e objetivo anteriormente estipulado e passou a se dar conforme “os montantes, os critérios, os prazos e as demais condições **fixadas no Anexo** desta Lei Complementar” (grifo nosso), haja vista as alterações implementadas no *caput* do artigo 31 e no referido anexo.

Assim, a entrega deixou de ser baseada no produto da arrecadação efetivamente realizada por cada ente no período anterior à Lei Kandir, o que corresponderia a uma tentativa de aproximação do *quantum* que cada Estado deixou de arrecadar ante a aplicação do novo regramento.

A nova redação, introduzida pela LC102/2000, extirpou o critério objetivo em detrimento de modelo de repartição percentual, representado por valores fixos, impostos aos Estados como quinhão do montante total a ser estipulado nas Leis Orçamentárias Anuais (LOAs).

Conforme sustentado por Scaff:

Passou a ser transferido não mais um valor apurado de conformidade com as perdas nas exportações, mas um valor aleatório estabelecido pelo jogo de forças político, consignado como crédito orçamentário. Deixou de existir a correlação entre o que havia sido desonerado das exportações e compensado aos exportadores através do reconhecimento de créditos.<sup>30</sup>

A alteração representou, pois, o rompimento com a própria natureza dentro da qual foram concebidas as transferências, substituindo-as por uma livre repartição

<sup>27</sup>Art. 32. A partir da data de publicação desta Lei Complementar: I - o imposto não incidirá sobre operações que destinem ao exterior mercadorias, inclusive produtos primários e produtos industrializados semi-elaborados, bem como sobre prestações de serviços para o exterior; II - **darão direito de crédito, que não será objeto de estorno, as mercadorias entradas no estabelecimento para integração ou consumo em processo de produção de mercadorias industrializadas, inclusive semi-elaboradas, destinadas ao exterior;** III - entra em vigor o disposto no Anexo integrante desta Lei Complementar. (Grifo nosso).

<sup>28</sup>Artigo 31, §1º, inciso II, da LC nº 87/1996.

<sup>29</sup>Art. 31. Até o exercício financeiro de 2002, inclusive, a União entregará mensalmente recursos aos Estados e seus Municípios, obedecidos os limites, os critérios, os prazos e as demais condições fixados no Anexo desta Lei Complementar, com base no produto da arrecadação estadual efetivamente realizada do imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação no período julho de 1995 a junho de 1996, inclusive.

<sup>30</sup>SCAFF, Fernando Facury. A desoneração das exportações e o fundo da Lei Kandir: análise com foco no setor mineral. In. **Revista Fórum de Direito Financeiro e Econômico – RFDFFE**. Belo Horizonte, ano 1, n. 1, p. 3956, mar./ago. 2012. p. 50.

política de receitas que não pode ser chamada de compensação, e não guarda qualquer relação com as perdas suportadas pelos Estados. Como afirma Rodrigues:

Não se discute que é preciso resgatar o equilíbrio entre a receita e a despesa, mas num País que adotou a forma federativa, isso só pode ser feito por meio de planejamento entre todas as esferas, na base da negociação, não da imposição. Destacou-se no estudo da origem histórica da federação brasileira, a tendência autoritária e antidemocrática, que precisa urgentemente ser revista. Assim, não adianta afirmar que se vive em um País democrático, se as decisões mais importantes sobre o futuro do federalismo vêm da cúpula do governo, sendo impostas de forma autoritária.<sup>31</sup>

Finalmente, em 2003, a Emenda Constitucional nº 42, de 19 de dezembro, alçou ao plano constitucional a desoneração prevista na Lei Kandir, bem como a necessidade de sua compensação por meio de transferências obrigatórias pela União.

A alteração se deu no artigo 155, §2º, inciso X, alínea a, da CF/88, no qual a previsão constitucional supracitada, de caráter restritivo, deu lugar à retirada completa da incidência do ICMS sobre as exportações de qualquer tipo<sup>32</sup>. Criou-se, assim, hipótese de imunidade.

Não obstante, a EC 42/2003, também pretendeu tratar o impacto da nova imunidade na arrecadação dos entes públicos estaduais, com a introdução do artigo 91 ao Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT), que previu a edição de lei complementar para disciplinar a realização de repasses obrigatórios, calcados em critérios, prazos e condições nela determinados em lei complementar. De acordo com o previsto no art. 91 do ADCT, a lei pode considerar as exportações para o exterior de produtos primários e semielaborados, a relação entre as exportações e as importações, os créditos decorrentes de aquisições destinadas ao ativo permanente e a efetiva manutenção e aproveitamento do crédito do imposto a que se refere o art. 155, § 2º, X, a.

À falta da lei complementar, o §3º do art. 91 determina que “*permanecerá vigente o sistema de entrega de recursos previsto no art. 31 e Anexo da Lei Complementar nº 87, de 13 de setembro de 1996, com a redação dada pela Lei Complementar nº 115, de 26 de dezembro de 2002*”.

Observe-se que, ao determinar a edição de nova Lei Complementar, o artigo 91 do ADCT consagra a necessidade de rompimento com o antigo sistema de entrega de recursos da Lei Kandir, que é admitido, tão somente, como norma “tampão”, cujo uso lamentavelmente se propagou no tempo pela ineficácia legislativa na devida produção do novo regramento<sup>33</sup>.

<sup>31</sup>RODRIGUES, Nina Tricia Disconzi. **O Federalismo e o Desenvolvimento Nacional**. Porto Alegre: Ed. UniRitter, 2010, p. 209.

<sup>32</sup>Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre: (...) II - operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior; (...)§ 2º O imposto previsto no inciso II atenderá ao seguinte: X - **não incidirá**: a) **sobre operações que destinem mercadorias para o exterior**, nem sobre serviços prestados a destinatários no exterior, assegurada a manutenção e o aproveitamento do montante do imposto cobrado nas operações e prestações anteriores; (grifo nosso)

<sup>33</sup> Se fosse a intenção do legislador constituinte renovador manter sistemática de repasse em conformidade com a atualmente vigente por meio da Lei Kandir, não teria se ocupado em ordenar a edição de nova lei complementar, mas simplesmente recepcionado o modelo já existente.

No mais, referida previsão foi constituída em consonância com a compensação à exportação de produtos industrializados: em que pese a Constituição de 1988 ter previsto, desde sua origem, a não incidência do ICMS quando da destinação de referidos produtos à exportação, conforme redação originária do artigo 155, §2º, inciso X, alínea *a*, da CF/88, analisada supra, a mesma estabeleceu, em seu artigo 159, inciso II, o Fundo de Compensação pela Exportação de Produtos Industrializados (FPEX), com a entrega, pela União, “do produto da arrecadação do imposto sobre produtos industrializados, dez por cento aos Estados e ao Distrito Federal, proporcionalmente ao valor das respectivas exportações de produtos industrializados”.

Diferente do caso do FPEX, no qual a própria Constituição definiu a forma como se daria a compensação na exportação de produtos industrializados, ela determinou que lei complementar o fizesse quando da desoneração de primários e semielaborados. Passado mais de uma década da EC 42/2003, contudo, referido regramento ainda não foi editado pelo Congresso Nacional, pelo que, nos termos do artigo 91, §3º, do ADCT, continua a ser aplicado o sistema desvirtuado e insuficiente de entrega de recursos atualmente previsto na Lei Kandir, em claro atentado ao princípio federativo e, conseqüentemente, à Constituição Federal.

No mais, os repasses previstos pelo artigo 91 do ADCT não têm o propósito de ressarcir os Estados, integralmente e precisamente, por suas perdas. De sua redação - que propõe critérios a serem observados quando da elaboração do sistema de entregas, embora não vincule sua sistematização às sugestões ali elencadas - infere-se um intuito de equalização de prejuízos, a fim de corrigir a injustiça federativa e reequilibrar os entes federados, independente disso ser feito no exato montante do que cada Estado estaria arrecadando hoje não fosse pelas modificações que se sucederam a partir de 1996.

#### 4. A AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO Nº 25

A Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão de nº 25, proposta pelo Governador do Estado do Pará<sup>34</sup>, por intermédio do Procurador-Geral do Estado, voltou-se contra a omissão legislativa do Congresso Nacional no tocante à edição da lei complementar prevista no art. 91 do ADCT.

Afirma o Estado autor que seus prejuízos já teriam alcançado R\$ 15 bilhões entre 1996 e 2002, cálculo feito a partir dos R\$20,5 bilhões que corresponderiam à arrecadação estimada, reduzidos dos R\$5,5 bilhões, que foi o valor efetivamente compensado pela União a referido Estado.

O Ministro Gilmar Ferreira Mendes, relator da ação, apontou, em seu voto<sup>35</sup>, a interligação da questão em pauta à autonomia financeira dos entes federados e o esperado caráter cooperativo do federalismo pátrio.

<sup>34</sup> Embora a ADO tenha sido proposta pelo Governador do Estado do Pará, o próprio Estado do Pará e a Ordem dos Advogados do Brasil – Seção Pará, bem como outros quinze estados brasileiros, ingressaram na condição de *amicus curiae*.

<sup>35</sup> O voto do Ministro Relator Gilmar Mendes, proferido em 24.11.2016, compõe o Acórdão da decisão tomada pelo STF em 30.11.2016, publicada no DJE 18/08/2017 - ATA Nº 114/2017. DJE nº 182, divulgado em 17/08/2017. O acórdão pode ser acessado também pela página do STF <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4454964>>.

De um lado, há razões para crer que a desoneração veio a bem do desenvolvimento nacional e pôs em prática o princípio que coíbe a exportação de impostos. De outro, não tenho dúvidas em afirmar que a supressão de competência tributária pode afetar, em certa medida, a autonomia financeira dos entes subnacionais, notadamente aqueles em cujo território se desenvolve com mais ênfase a atividade de exportação de produtos primários e semielaborados.

Por isso, o mecanismo de transferência de recursos, em tese, poderia representar um importante instrumento de federalismo cooperativo, de sorte a atenuar os impactos financeiros decorrentes da desoneração promovida pela EC 42/2003 nas contas estaduais<sup>36</sup>.

Nesse diapasão, destaca-se a importância da partilha de receitas no pacto federativo brasileiro, considerando que de nada adianta a repartição de competências constitucionais entre os entes federados sem a divisão de recursos apropriada, que lhes possibilite fazer frente às suas atribuições.

A desoneração do ICMS sobre produtos primários e semielaborados destinados à exportação alcançaria a finalidade de indução das exportações às custas da redução do alcance da competência e da arrecadação tributária estadual. Para o Ministro Gilmar Mendes, referidas modificações, redefinidoras dos limites da competência dos Estados, invariavelmente trazem consequências severas, especialmente àqueles que se dedicam à atividade de exportação de primários<sup>37</sup>.

Negando a existência de omissão inconstitucional, a Advocacia-Geral da União (AGU) apresentou essencialmente, em duas linhas argumentativas: a existência de projetos de lei complementar em trâmite no Congresso Nacional; e a inexistência de lacuna legislativa, pois os repasses continuavam sendo feitos pela metodologia da Lei Kandir, o que haveria sido permitido pelo §3º, do art. 91, do ADCT.

Para o relator, a *inertia deliberandi* é evidenciada pelo transcurso de mais de dez anos da emenda constitucional que previu a necessidade de edição de norma regulamentadora e as incontestáveis consequências econômicas geradas pela omissão legislativa. É nesse sentido o entendimento recente do Supremo Tribunal Federal, destacando o julgamento unânime de questão similar em 2007, por meio da ADI 3.682<sup>38</sup>, da mesma relatoria.

Quanto ao segundo argumento apresentado pela AGU – supressão da lacuna legislativa ante a aplicação “tampão” da regra da Lei Kandir –, o Ministro Relator rememorou similitude com o caso da ADI 875, que discutiu a constitucionalidade dos critérios de partilha do Fundo de Participação dos Estados (FPE), previstos pela LC 62/1989.

No caso, a lei complementar em questão, de 1989, determinava a fixação de novos critérios em 1992, os quais teriam como base o censo demográfico de 1990. Com a

---

<sup>36</sup> ADO 25/DF, Min. Rel. Gilmar Mendes.

<sup>37</sup> ADO 25/DF, Min. Rel. Gilmar Mendes.

<sup>38</sup> O julgado referido pelo Min. Relator diz respeito ao período para criação de municípios. No caso, foi reconhecida a mora legislativa e estipulado prazo de 18 meses para a edição da lei complementar sobre o tema, em cumprimento ao §4º, do artigo 18, da CF/88, com redação dada pela EC nº 15/96.

ausência de nova lei, a fórmula desatualizada permaneceu sendo utilizada por mais de 20 anos como critério provisório de partilha.

Diante dessa conjuntura, a decisão do STF apontou para a distorção dos objetivos do fundo e para o distanciamento entre os coeficientes e a realidade socioeconômica experimentada, reconhecendo a ocorrência de omissão inconstitucional e estipulando prazo para a edição de nova legislação<sup>39</sup>.

Nesse sentido, a existência de critérios provisórios de repasse no caso do artigo 91 do ADCT não pode servir de pretexto para que não se estabeleça os critérios definitivos. Pelo contrário, o sentido de “provisoriedade” e a perspectiva de “substituição”, encontrados no §3º do dispositivo, apenas ratificariam a omissão.

#### 4.1. A DECISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E SUA EFETIVIDADE

Afora a questão de mérito, havia também no julgamento a preocupação com a efetividade da decisão proferida. Em matéria de omissões legislativas, os precedentes indicam pouca deferência do Poder Legislativo às decisões do STF. A mera declaração da mora legislativa, que caracteriza a omissão inconstitucional, na prática, não é suficiente para pôr termo ao estado de inconstitucionalidade constatado.

A preocupação foi sintetizada pelo Relator, Ministro Gilmar Mendes, no voto proferido:

a principal problemática da omissão do legislador situa-se menos na necessidade da instituição de determinados processos para o controle da omissão legislativa do que no desenvolvimento de fórmulas que permitam superar, de modo satisfatório, o estado de inconstitucionalidade<sup>40</sup>.

Para assegurar a eficácia da decisão, o Relator propôs que o Congresso Nacional suprisse a lacuna em questão no prazo de 12 meses, sob pena de, não o fazendo, ser estabelecido novo regramento provisório, por intermédio do Tribunal de Contas da União, com subsídios colhidos no Conselho Nacional de Política Fazendária (CONFAZ).

Prevaleceu, no julgamento, o voto do relator. A ação foi julgada procedente por unanimidade, para declarar a mora do Congresso Nacional quanto à edição da Lei Complementar prevista no art. 91 do ADCT. Fixou-se, ademais, o prazo de 12 meses para que seja sanada a omissão, vencido, neste ponto, apenas o Ministro Marco Aurélio.

Em seguida, por maioria, o Tribunal assentou que, se descumprido o prazo, caberia ao Tribunal de Contas da União, enquanto não editada a lei complementar a fixação do valor do montante total a ser transferido anualmente aos Estados-membros e ao Distrito Federal, considerando os critérios dispostos no art. 91 do ADCT: as exportações para o exterior de produtos primários e semielaborados, a relação entre as exportações e as importações, os créditos decorrentes de aquisições destinadas ao ativo permanente e a efetiva manutenção e aproveitamento do crédito do imposto a que se refere o art.

<sup>39</sup> A respeito da ADI 875, importa observar que, não obstante a decisão do STF, a questão da partilha do FPE ainda não chegou a um desfecho definitivo. A nova lei editada (LC 143/2013) se limitou a renovar a vigência dos mesmos coeficientes já declarados inconstitucionais e desvirtuados, pelo que a questão tornou a requerer análise do Supremo Tribunal Federal, com o ajuizamento da ADI 5.069 (AL), ainda não julgada.

<sup>40</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição Constitucional**. 6ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 437.

155, § 2º, X, *a*. Para determinar o valor das quotas a que cada um deles fará jus, propõe o Relator que se considerassem os entendimentos entre os Estados-membros e o Distrito Federal realizados no âmbito do Conselho Nacional de Política Fazendária – CONFAZ. Ficaram vencidos, neste ponto, Ministros Marco Aurélio, Teori Zavascki e a Ministra Cármen Lúcia.

A atribuição de competência normativa ao Tribunal de Contas das União, naturalmente, é o aspecto mais polêmico da decisão, na medida em que põe em xeque os próprios limites da atuação do STF em matéria de controle de constitucionalidade. Deveria o Tribunal estabelecer normas que não se encontrem expressa ou implicitamente previstas no texto constitucional?

Por outro lado, não se pode negar que a atuação do Tribunal, no controle da omissão inconstitucional, demanda a utilização de mecanismos que assegurem o cumprimento de suas decisões, sob pena de esvaziar o sentido de sua atividade, especialmente em matéria financeiro-orçamentária<sup>41</sup>.

Resumidamente é possível dizer que não faltam, contudo, projetos visando à regulamentação do artigo 91, do ADCT. No Senado Federal, merece destaque a existência de Projeto já aprovado na Comissão de Assuntos Econômicos e aguardando inclusão na Ordem do Dia e conseqüente apreciação pelo plenário<sup>42</sup>. Na Câmara dos Deputados, por sua vez, foi constituída, em 28 de março de 2017, como uma resposta ao julgamento da ADO 25, Comissão Temporária para tratar da Lei Kandir<sup>43</sup>, a qual aprovou relatório, conjuntamente com Projeto de Lei substitutivo de autoria do relator, Deputado José Priante, em 21 de novembro de 2017<sup>44</sup>.

Foi aprovada, ainda, na Comissão de Constituição e Justiça do Senado Federal, Proposta de Emenda Constitucional que propõe a retomada da incidência do ICMS sobre produtos primários e semielaborados destinados à exportação, nos conformes com a situação experimentada antes da Lei Kandir e da Emenda Constitucional 42/034546.

Após a conclusão do julgamento de mérito, em 7.11.2017<sup>47</sup>, a União, por intermédio da AGU, requereu o desarquivamento da ADO 25, apresentando pedido de

<sup>41</sup> Cf. PINTO, Élide Graziane; AFONSO, José Roberto; PORTO, Lais Khaled. **É inconstitucional a omissão em limitar a dívida pública federal**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-dez-05/contas-vista-inconstitucional-omissao-limitar-divida-publica-federal>>. Acesso em: 29 de jan. de 2018.

<sup>42</sup> Trata-se do substitutivo do Senador Eduardo Suplicy ao PLS 312/2013, de autoria do Senador Pedro Simon.

<sup>43</sup> A Comissão Especial da Lei Kandir na Câmara dos Deputados teve como base o PLP 221/1998, de autoria do Senador Germano Rigotto (PMDB/RS), ao qual todos os Projetos que vinham sendo apresentados e se relacionavam, de alguma forma, à Lei Kandir, estavam sendo apensados. Ocorre que o PLP 221/1998 tinha o intuito de promover, no ICMS, reestruturações que ultrapassavam a questão das compensações, pelo que aguardava constituição de Comissão Temporária para sua análise, em conjunto com os projetos em apenso.

<sup>44</sup> Referido Projeto apresenta pontos preocupantes, tal qual a pretensão de uma compensação integral e pretérita, em contrariedade ao entendimento do STF, e a criação de exceção à Lei de Responsabilidade Fiscal.

<sup>45</sup> O texto aprovado é o substitutivo do Senador Antônio Anastasia à PEC 37/07, de autoria do Senador Flexa Ribeiro,

<sup>46</sup> As preocupações relativas a essa última possibilidade são muitas, a exemplo das questões econômicas expostas no presente trabalho. Acredita-se que a federação deve ser pensada como um todo e que, da mesma forma que o ente central não poderia prejudicar a autonomia dos entes subnacionais, não seria viável a resolução da questão federativa interna de repasse de recursos às custas da economia do país.

<sup>47</sup> Quanto a essa data, observa-se que a publicação do acórdão se deu em 18 de agosto de 2017 - ATA Nº 114/2017 - DJE nº 182, divulgado em 17/08/2017 – marco do qual começou a correr o prazo para

prorrogação de prazo por mais 12 (doze) meses, para que o Congresso editasse a Lei Complementar devida (o qual, em seu entender, se findaria em 02.12.2017); e, subsidiariamente, a contagem do prazo a partir da data de publicação do acórdão, qual seja, 18 de agosto de 2017.

A prorrogação foi inicialmente deferida por decisão monocrática do relator e o caso avançou para a celebração de acordo no âmbito da ADO 25. Em 20.5.2020, O Tribunal, por maioria, referendou as decisões monocráticas do Relator que prorrogaram o prazo por mais 12 (doze) meses e, posteriormente, por mais 90 (noventa) dias, além da homologação do acordo firmado entre a União e todos os Entes Estaduais para encaminhamento de Projeto de Lei ao Congresso Nacional.

## 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A desoneração do ICMS sobre as exportações de bens primários e semielaborados, instituída pela Lei Kandir e posteriormente alçada à esfera constitucional pela EC 42/03, repercutiu negativamente na arrecadação dos Estados exportadores de produtos primários. A lei complementar prevista, no art. 91 do ADCT, no entanto, nunca chegou a ser editada.

A omissão persistiu mesmo após a decisão do Supremo Tribunal Federal. Apesar do julgamento da ADO 25, não foi editada a lei complementar a que se refere o art. 91 do ADCT, tampouco exerceu o Tribunal de Contas a competência que lhe conferiu o julgamento do STF. A omissão legislativa e a controvérsia federativa que dela decorre, portanto, persistiram inalteradas até meados de 2020, quando firmado o acordo entre os entes estaduais e federal, que constitui significativo passo rumo à tão esperada regulamentação – que, como mencionado, ainda depende da transposição do acordado em texto legal.

Nessa perspectiva, o artigo permite compreender o necessário equilíbrio entre os entes federados. Demonstra-se efeitos no desenho da partilha tributária que impacta na solvência de estados e município, desde as escolhas tomadas pelo Parlamento em 1996, com a edição da Lei Kandir, que se prologam no tempo e carecem de revisão normativa.

O estudo, nesta medida, traz diagnóstico posto e, com rigor metodológico, apresenta alternativas que possibilitam inflexão no processo de deterioração da receita dos entes subnacionais, essencialmente dos que mais dependiam da receita referente à exportação de produtos primários e semielaborados, como os Estados exportadores de minério e grão.

Fica claro, por tudo o que foi apresentado, que há impactos não compensados, resultantes da aplicação estendida da Lei Kandir. Fundamental se faz o exercício da democracia e da convergência no federalismo. Como aprendizado para o país, em especial para futuras alterações nas legislações tributárias, menciona-se a difícil tarefa de expropriar receitas dos entes federados e considerar como caminho para ajuste a criação de fundos de compensação.

---

interposição de embargos (art. 26, Lei nº 9.868/1999), finalizado em 26 de agosto de 2017, com o trânsito em julgado.

A experiência com a Lei Kandir teve como resultado, para além de impactos de cunho financeiro, a (justa) desconfiança federativa fomentada pelo longo período de desentendimentos, o que leva à compreensão de que nem sempre os acordos políticos e/ou manobras para aprovação de determinadas leis são suficientes para reparar e consolidar as necessárias equalizações ao longo do tempo.

## REFERÊNCIAS

AFONSO, José Roberto Rodrigues. PORTO, Lais Khaled CORREIA NETO, Celso. As Compensações Financeiras da União aos Estados e a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 25. In: **NOMOS: Revista do Curso de Mestrado em Direito da UFC**. Disponível em: <<http://www.periodicos.ufc.br/nomos/article/view/20362>>. Acesso em: 27 set. 2018.

BERCOVICI, Gilberto. **Desigualdades Regionais, Estado e Constituição**. São Paulo: Max Limonad, 2003. Disponível em: <<http://docslide.com.br/documents/bercovici-desigualdades-regionais-estado-e-constituicao.html#>>. Acesso em 14 nov. 2016.

BERNARDES, Wilba Lúcia Maia. **Federação e Federalismo**. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

BRANCO, Paulo Gonet; MEIRA, Liziane Angelotti; CORREIA NETO, Celso de Barros. **Tributação e Direitos Fundamentais conforme a jurisprudência do STF e do STJ**. São Paulo: Saraiva 2012.

CORREIA NETO, Celso de Barros. **O Averso do Tributo**. 2. ed. São Paulo: Almedina, 2016.

COSTA, Eduardo José Monteiro da; ZURUTUZA, José Dias de Carvalho; SILVA, Tatiane Vianna da. **A Lei Kandir e a Derrocada do Federalismo Brasileiro**. 2ª Ed. Belém: Marques Editora, 2017.

FUCK, Luciano Felício. **Estado Fiscal e Supremo Tribunal Federal**. São Paulo: Saraiva, 2017.

PINTO, Élide Graziane; AFONSO, José Roberto; PORTO, Lais Khaled. **É inconstitucional a omissão em limitar a dívida pública federal**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-dez-05/contas-vista-inconstitucional-omissao-limitar-divida-publica-federal>>. Acesso em: 29 de jan. de 2018.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição Constitucional**. 6ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

SCAFF, Fernando Facury. Efeitos da Coisa Julgada em Matéria Tributária e Livre-Concorrência. In: MACHADO, Hugo de Brito (coord). **Coisa Julgada: Constitucionalidade e Legalidade em Matéria Tributária**. São Paulo: Dialética, 2006.

SCAFF, Fernando Facury. A desoneração das exportações e o fundo da Lei Kandir: análise com foco no setor mineral. **Revista Fórum de Direito Financeiro e Econômico – RFDFFE**. Belo Horizonte, ano 1, n. 1, p. 3956, mar./ago. 2012.

OLIVEIRA, Luiz Guilherme. **Federalismo e Guerra fiscal**. São Paulo, 1999. Disponível em: <<http://revistas.pucsp.br/index.php/rpe/article/view/11917>>. Acesso em: 18 nov. 2016.

RODRIGUES, Nina Trícia Disconzi. **O Federalismo e o Desenvolvimento Nacional**. Porto Alegre: Ed. UniRitter, 2010.

TORRES, Heleno Taveira. **Direito Constitucional Financeiro: Teoria da Constituição Financeira**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

VARSAÑO, Ricardo. **Fazendo e Desfazendo a Lei Kandir**. Banco Interamericano de Desenvolvimento - BID, ago/2013.



## NEOKEYNESIANISMO, NEOINTERVENCIONISMO E ULTRALIBERALISMO: IMPACTOS DA COVID-19 NO DIREITO NACIONAL<sup>1</sup>

*Paulo Márcio Cruz<sup>2</sup>,  
Márcio Ricardo Staffen<sup>3</sup>*

### RESUMO

O estudo que se apresenta é contemporâneo ao cenário mundial da pandemia declarada pela Organização Mundial de Saúde em relação ao vírus COVID-19. O presente artigo objetiva analisar criticamente as alterações e propostas de mudanças no Direito Nacional de diversos países decorrentes da pandemia de COVID-19, nos marcos teóricos do neokeynesianismo, do neointervencionismo e do ultraliberalismo. Justifica-se a presente pesquisa em razão das inovações legislativas publicadas e/ou em vias de conclusão que buscam, diante do cenário de crise, apresentar respostas legais aos problemas de ordem política, econômica, social e institucional instaurados pela referida pandemia, cambiando, além das agendas políticas de cada governo, as funções dos respectivos Estados e do Direito Nacional, principalmente em virtude da linha precedente de forte apelo liberal. Utilizou-se, para o desenvolvimento da presente pesquisa, o método indutivo, operacionalizado pelas técnicas de conceito operacional, da pesquisa bibliográfica e análise de relatórios nacionais oficiais e marcos normativos.

**PALAVRAS-CHAVE:** COVID-19. Neokeynesianismo. Neointervencionismo. Ultraliberalismo.

### ABSTRACT

The study presented is contemporary to the world scenario of the pandemic declared by the World Health Organization in relation to the COVID-19 virus. This article aims to critically analyze the changes and proposals for changes in the national law of several countries resulting

---

<sup>1</sup> Texto produzido a partir do Centro de Estudos sobre Direito e Transnacionalidade (UNIVALI/CNPq) em rede com pesquisadores do Departamento di Giurisprudenza (Università degli Studi di Perugia) e da Facultad de Derecho (Universidad de Alicante).

<sup>2</sup> Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (1995) e Doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (1999). Realizou estágio de pós-doutorado nas universidades de Perugia e Alicante e estágio sênior na Universidade de Alicante. É professor titular da Universidade do Vale do Itajaí, coordenador e pesquisador do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica – cursos de mestrado e doutorado - da Universidade do Vale do Itajaí, professor convidado da Universidade de Alicante e da Universidade de Perugia. Professor visitante do Instituto Universitario del Agua y de las Ciencias Ambientales da Universidade de Alicante.

<sup>3</sup> Doutor em Direito Público pela Università degli Studi di Perugia - Itália. Doutor e Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí - UNIVALI. Estágio de Pós-Doutorado em Direito junto à Università degli Studi di Perugia (Bolsa CAPES/PDE 88881.120155/2016.1). Possui Graduação em Direito pela Universidade do Vale do Itajaí - UNIVALI. Pesquisador do Conselho Nacional de Justiça (CNJ). Professor Permanente no Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica (Mestrado e Doutorado) - Universidade do Vale do Itajaí (Conceito CAPES 6). Professor Permanente do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito - IMED e Coordenador do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito (2014-2018). Visiting Researcher no Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law - Heidelberg (Alemanha). Doutor Honoris Causa pela Universidad Antonio Guillermo Urrelo (Peru).

from the COVID-19 pandemic, in the theoretical frameworks of Neokeynesianism, neo-interventionism and ultraliberalism. This research is justified due to the published and/or concluded legislative innovations that seek, given the crisis scenario, present legal responses to the political, economic, social and institutional problems established by that pandemic, changing, in addition to the political agendas of each government, the functions of the respective States and national law, mainly because of the previous line of strong liberal appeal. For the development of the present research, the inductive method was used, operationalized by operational concept techniques, bibliographical research and analysis of official national reports and regulatory frameworks.

**KEYWORDS:** COVID-19. Neokeynesianism. Neointerventionism. Ultraliberalism.

## Introdução

O estudo que se apresenta é contemporâneo ao cenário mundial da pandemia declarada pela Organização Mundial de Saúde em relação ao vírus COVID-19. Em que pese a prioridade pela garantia das condições de prevenção de contágio e salvaguarda das vidas humanas em risco, o presente artigo objetiva analisar criticamente as alterações e propostas de mudanças no Direito Interno de muitos países (decorrentes da pandemia de COVID-19, nos marcos teóricos do neokeynesianismo, do neointervencionismo e do ultraliberalismo.

Ao tempo em que o COVID-19 avançou por todos os continentes, exceto a Antártica, de maneira muito rápida, aproveitando dos fluxos da globalização, restou à Organização Mundial da Saúde, em 11 de março de 2020, declarar a situação de Pandemia e, assim, oficializar a situação concreta de problema humanitário, social, sanitário, econômico e jurídico de cunho global. De modo síncrono, a crise instalada desde a pandemia global de COVID-19 se converteu em vetor para estratégias globais-locais de contenção e prevenção do contágio viral e, por outro lado, de mecanismos locais-globais de ajustes normativos, institucionais e econômicos com eficácia para os tempos de anormalidade, cambiando estruturas relevantes do Direito Público nacional, mas com consequências de curto, médio e longo prazo nos cenários transnacionais.

Igualmente, justifica-se a investigação em curso vez que nos últimos períodos, notadamente após a eleição de Donald Trump para a presidência dos Estados Unidos da América, a pauta política-ideológica de maior influência destacou a preponderância de tópicos ultraliberais, seguidos, desde então, por outros Estados, na Europa e na América. Contudo, a possibilidade concreta de degradação social, expressivo empobrecimento, queda na arrecadação fiscal e recessão econômica forçaram líderes de orientação ultraliberal e não-intervencionistas a reverem suas agendas políticas para incremento da planificação econômica e social e, utilização de mecanismos de intervenção estatal, fazendo com que os postulados (neo)keynesianos e neointervencionistas voltassem ao debate público. Assim, para fins de comparação, utilizou-se as atuações dos governos dos Estados Unidos da América, Brasil, Argentina e México em razão das proximidades ideológicas que assumiram (social e ultraliberal) e de suas participações no G20, tornando a realidade mais aproximada.

Ciente das dinâmicas inerentes ao momento de escrita desse artigo, há que se registrar a existência de premissas jurídicas teóricas, vinculadas com as bases do Direito Nacional, que devem ser incluídas no contexto de crise atual do corona vírus, como

modo de compreensão crítica do atual estado d'arte. Ignorar a conjunção desses fatores implica na perda de capacidade analítica, reflexiva e crítica sobre a efetividade, eficácia e eficiência das respectivas propostas. Para tanto, utilizou-se, para o desenvolvimento da presente pesquisa, o método indutivo, operacionalizado pelas técnicas da categoria, do conceito operacional, da pesquisa bibliográfica e análise de relatórios nacionais oficiais, indicadores transnacionais e marcos normativos.

## 1. Liberalismo e o grau de intervenção estatal

O liberalismo contemporâneo surgiu após a Primeira Guerra Mundial e procurava preservar esferas amplas de liberdade, mas admitindo a intervenção do Estado em determinados âmbitos da Sociedade, como se observa nas constituições mexicana de 1917 e de alemã Weimar de 1919 (PASOLD, 2003).

Foi principalmente depois do advento da Constituição de Weimar que as teorias social-liberais, baseadas no êxito integrador do intervencionismo estatal, fizeram com que o Liberalismo do século XX se desenvolvesse de acordo com parâmetros muito diferentes dos do século passado, regido pelos preceitos de Smith (SMITH, 2009).

O Estado democrático liberal do primeiro terço do século XX esteve imerso numa profunda crise, como consequência da obsolescência de suas estruturas políticas para adaptar-se às novas realidades sociais. Por outro lado, o movimento proletário, que ganhou impulso com a Revolução Russa, pressionava para que as liberdades e direitos individuais tivessem a companhia dos direitos coletivos. Finalmente, os desdobramentos da maior crise que o capitalismo já sofreu, em 1929, implicaram abandonar as políticas baseadas nos parâmetros liberais clássicos de não-intervenção.

Alguns países enfrentaram a crise do Estado democrático liberal substituindo-o por ditaduras, militares ou civis, ou por Estados totalitários, enquanto que, por uma ótica liberal, outros Estados entraram numa decidida via de ampliação da representação política, reformismo social – assumindo os direitos sociais – e o intervencionismo redistributivo.

O principal conceitor dessa orientação foi o economista inglês John Maynard Keynes<sup>4</sup> (1883-1946) que, “*embora liberal em política, era partidário de uma economia administrada, confiando nos benefícios da ação planificadora dos órgãos estatais*” (REALE, 2005, p. 30). Keynes se converte no autor mais influente do Ocidente, na medida em que propõe uma teoria de economia que proporcionaria as bases econômicas de desenvolvimento capazes de sustentar políticas sociais redistributivas. Keynes conseguiu convencer aos grupos sociais dominantes no Ocidente, de que a melhor forma de conter o movimento proletário e estabilizar o sistema consistiria em reformar o sistema numa via possível e gradual.

---

<sup>4</sup> JOHN MAYNARD KEYNES, nobre e economista inglês, nascido em Cambridge em 1883 e morto em Sussex em 1946, foi conselheiro do Tesouro britânico durante a Primeira Guerra Mundial. Após a guerra, publicou o estudo **Conseqüências Econômicas da Paz** (1919). Autor de um **Tratado sobre a moeda** (1930) e, depois, de uma **Teoria geral do emprego, do juro e da moeda** (1936), KEYNES atacou o problema do subemprego que existia na Inglaterra depois de 1930. Ele enxergou, nesta situação, um estado de subequilíbrio permanente que nenhum mecanismo automático de mercado corrigiria. KEYNES pregou, em conseqüência, um crescimento do consumo, uma baixa taxa de juros, o crescimento dos investimentos públicos, medidas que implicavam a intervenção do Estado. Ele teve um papel muito importante na conferência de Bretton Woods, em 1944.

A prática das teorias de Keynes significou o fim do liberalismo econômico clássico, e sua substituição por economias mescladas, nas quais o Estado passou a exercer papel econômico decisivo para reativar a economia através de investimentos públicos, corrigir as disfunções do capitalismo, impedir outra “sexta-feira negra de 1929” e redistribuir a renda por meio de uma política fiscal progressiva destinada a eliminar as desigualdades extremas e ativar a demanda (ANTON, 1996, p. 202).

Keynes sintetizou seu pensamento político liberal reformista, dizendo que o problema político da humanidade consiste em mudar três ingredientes: Eficácia Econômica, Justiça Social e Liberdade Individual. O primeiro precisa de crítica, cautela e conhecimento técnico. O segundo, de um espírito generoso e entusiasta que ame o homem comum do povo. O terceiro requer tolerância, amplitude de objetivos, valoração das excelências da independência e da variedade e que prefira, acima de tudo, oferecer oportunidades sem nenhum tipo de obstáculos a quem é excepcional e tem aspirações. O segundo se constituiu na maior conquista do proletariado, mas o primeiro e o terceiro precisam das qualidades do partido que, por sua tradição e afinidades, tenha sido o lar do Individualismo Econômico e da Liberdade Social.

A partir de sua eleição, em 1932, Roosevelt, e sua política do *New Deal*, decididamente intervencionista, tiveram como objetivo paliar os enormes custos sociais do *crack* de 1929, e relançar a economia dos Estados Unidos segundo premissas baseadas em critérios do Liberalismo reformista (DALLARI, 1985, p. 236). Isto foi feito de maneira tão intensa, que, nos Estados Unidos, “liberal” é sinônimo de esquerda e contraposto a conservador, que indica a tendência política de direita. Reformista, esta visão tinha como objetivo democratizar de fato as sociedades liberais, respeitando suas características de base, como a proclamação de direitos e liberdades individuais, separação dos poderes, participação política dos cidadãos – ampliada constantemente – e o princípio da legalidade previsto na Constituição.

Entre o fim da Segunda Guerra Mundial e o início dos anos setenta, em todos os países do Ocidente com regimes democráticos, passa a existir um consenso, denominado por Dahrendorf (DAHRENDORF, 1992) de pacto social-liberal, entre todas as forças políticas majoritárias na aplicação das denominadas políticas de Estado de Bem-Estar, que alcançou seu mais amplo desenvolvimento nos países onde os partidos social-democratas, que renunciaram ao marxismo, puderam governar além de uma década (ANTON, 1996, p. 203).

Este Estado de Bem-Estar, cuja raiz filosófica continua sendo o utilitarismo, propôs a maior felicidade para o maior número de pessoas, matizado pelos social-liberais no sentido socialista. Este consenso se quebra a partir do esgotamento, no final dos anos sessenta, do modelo keynesiano. Com a crise do Estado de Bem-Estar, a partir da década de setenta, observa-se o retorno de teses liberais que já pareciam superadas, propondo o questionamento radical das concepções básicas do intervencionismo estatal e o retorno ao Liberalismo.

Estas concepções neoliberais ocasionaram e ocasionam grandes debates acadêmicos e políticos. O autor que mais radicalmente tem chegado a este questionamento é Nozick, que, proclama que unicamente é legítimo e moral um Estado mínimo que proteja o indivíduo e faça que se cumpram os contratos privados. Outorgar maiores

competências ao Estado significa atentar contra os direitos individuais, e deve ser evitado (NOZICK, 2011).

O grande oponente de Nozick é Rawls (RAWLS, 1995), que repele também o utilitarismo e defende os direitos individuais vinculando-os ao bem comum. Touraine assinala que Rawls trabalha incessantemente o individualismo e o contratualismo de Rousseau, numa posição adiante daquela de muitos liberais contemporâneos (TOURAINÉ, 1996, p. 170). Tanto é assim que Rawls (RAWLS, 2000) entende a Constituição como possuidora de capacidades reguladoras muito além daquelas admitidas pelos liberais menos contemporâneos (STAFFEN, ZAMBAM, 2015). Afirma que uma constituição bem organizada inclui procedimentos democráticos para lidar com as situações de emergência. Portanto, em termos de doutrina constitucional, a prioridade da liberdade implica que a livre expressão política não pode ser restringida, a menos que se possa argumentar, razoavelmente, a partir da natureza específica da situação presente, que existe uma crise constitucional na qual as instituições democráticas não têm condições de operar efetivamente, e na qual seus procedimentos para lidar com as emergências não funcionam (RAWLS, 2000, p. 411).

O Neoliberalismo estaria intimamente relacionado com correntes políticas neoconservadoras que proporcionaram cobertura doutrinária e ideológica aos governos conservadores da década de oitenta, cujos protótipos seriam o Chile, de Pinochet, a Grã-Bretanha de Thatcher e os Estados Unidos de Reagan. O núcleo de suas propostas políticas foi o de pôr fim à tutela social por parte do Estado e eliminar, gradualmente, os mecanismos de redistribuição de renda, além de desregulamentar o mercado de trabalho, privatizar o setor público e deixar que as leis do livre mercado regulem a vida econômica da Sociedade.

Desta forma, afirmam, seriam criadas mais riquezas, seria rentável investir, acabaria a cultura do subsídio, os indivíduos se motivariam e se geraria mais riqueza social. Obviamente que independente dos custos sociais e o aumento das desigualdades que tudo isto supõe. Aliás, desigualdades e pobreza que só aumentaram nos anos de Thatcher e Reagan.

Naquele momento, as velhas receitas liberal-conservadoras diante da problemática – e da crise – das sociedades que optaram pelo Estado de Bem-Estar ocidental, cujo modelo keynesiano entrou em crise ou, no mínimo, passou a necessitar revisão pela constante e crescente pressão da Sociedade reivindicando mais e melhores serviços, até esgotar a capacidade político-econômica de um sistema – excessivamente burocratizado e ingovernável, na opinião dos neoliberais – que se sustenta numa atomização dos agentes produtivos, com uma lógica inexorável de atuação individual, em contradição com as diretrizes orientadas ao Bem Comum das políticas estatais (ANTON, 1996, p. 204).

Os autores liberais contemporâneos pertencentes às correntes mais avançadas do Liberalismo, defendem que o objetivo da liberdade é o de se alcançar uma autêntica igualdade de oportunidades ou chances vitais para cada indivíduo, já numa concepção muito próxima do Estado de Bem-Estar visto pela lente neoliberal. São ideias geradas a partir de concepções de que a plena realização dos indivíduos, sem pressupor nem primar, num primeiro momento, por nenhuma concepção de Bem-Estar, atenderia a

critérios apurados, por consenso, entre os diversos segmentos sociais economicamente ativos, quanto à justiça social.

## 2. O retorno aos postulados de Keynes

Pode-se dizer que depois de Smith e Malthus, economistas da escola clássica, e de Marx, nenhum outro teórico foi tão importante quanto Keynes, pensador de muita influência na renovação das teorias econômicas tradicionais e na reformulação da política econômica do livre mercado. Keynes, principalmente com a publicação da sua famosa Teoria Geral do Emprego, Juro e Moeda que se supera pela primeira vez e de forma decisiva a interpretação da Política econômica liberalista. A necessidade de alavancar o crescimento econômico e a extensão de um maior bem-estar para toda a Sociedade são considerados princípios indissociáveis que se vinculam à crescente intervenção do Estado e que estão ligados, de forma inequívoca, a Keynes.

Numa leitura sistematizadora do postulado de Keynes, é possível dizer que ele defendeu seu conceito de “multiplicador de demanda” como sendo a regra através da qual o aumento dos gastos governamentais aumenta a demanda agregada, o que criaria uma otimização do trabalho e do capital numa escala tal que a produção se expandiria em proporção superior ao crescimento daqueles gastos. Considerando-se estas análises, pode-se dizer que a “equação keynesiana” apoia a possibilidade de se fazer convergir elementos de mercado e sociais através da articulação de políticas redistributivas.

Numa perspectiva histórica, parece evidente que a pregação de Keynes, como modelo que pretendeu promover a combinação de recursos entre o mercado e o Estado converteu-se, até fins dos anos setenta, numa doutrina econômica que quase ninguém questionava, na medida em que sua defesa se relacionava estreitamente com a construção do Estado de Bem-Estar e permitia que este desfrutasse de um amplo consenso. A obra de Keynes foi plenamente reconhecida em seus últimos anos de vida. Em 1944, chefiou a delegação do Reino Unido à Conferência de Bretton Woods, nos Estados Unidos.

O modelo keynesiano, independentemente de sua consistência teórica, contou com vários elementos que ajudaram a torná-lo uma unanimidade nos mais diversos setores sociais e ideológicos. Uma das expressões mais visíveis deste fato foi o desaparecimento das disputas entre as classes sociais que convulsionaram as sociedades capitalistas nos períodos anteriores à II Guerra Mundial, o que pode ser atribuído a dois fatores: a) o crescimento econômico que as sociedades ocidentais experimentaram a partir dos anos cinquenta; e b) a extensão do Bem-Estar social a camadas cada vez mais amplas da Sociedade.

O Estado de Bem-Estar passou a gozar de um enorme grau de consenso, assim como as políticas econômicas keynesianas. Nas duas décadas após a II Guerra Mundial havia uma sensação de que, efetivamente, a consolidação e a expansão do Estado de Bem-Estar correspondiam, na realidade, a um período que poderia significar o fim do confronto ideológico entre esquerda e direita ou entre liberdade e igualdade. O decurso dos acontecimentos, porém, mostrou o equívoco desta percepção.

Abordando a crise do Estado de Bem-Estar, autores como Blas Guerrero e Pastor Verdú ensinam que no princípio dos anos oitenta, a fase de pujança econômica iniciada após a II Guerra Mundial chegou ao fim, por conta de dois fatos marcantes. O primeiro deles foi a decisão dos Estados Unidos de não manter a convertibilidade do dólar em ouro, tomada em virtude da quantidade da moeda norte-americana em circulação em outros países. Os problemas econômicos causados por esta decisão se prolongaram desde meados da década de setenta até o início da de oitenta. Diante desta nova realidade econômica, os países ocidentais começaram a ter sérias dificuldades para continuar implementando suas políticas econômicas baseadas no modelo keynesiano.

Deve-se ressaltar, no entanto, que a crise econômica não foi a única responsável pelo questionamento ao modelo keynesiano. O segundo fato marcante foi o crescimento descontrolado do gasto público. Este fato, vale lembrar, continua sendo um dos grandes problemas de países como o Brasil, que se debatem entre assumir uma Democracia Social tardia ou controlar o déficit público, a carga tributária e a não-intervenção do Estado em setores fundamentais, principalmente o social.

As disputas eleitorais minaram a base racional sobre a qual se apoiava a proposta de Keynes. A adoção de políticas sociais que ampliassem o atendimento público e gratuito, mesmo com o crescimento dos gastos públicos, teria menos custos políticos do que elevar impostos, algo que seria possível numa conjuntura de crescimento econômico elevado e sustentável, mas não numa conjuntura recessiva. Além disso, houve um esgotamento na capacidade do Estado em investir em novas estruturas produtivas, que passou a, no máximo, manter aquelas já existentes.

As críticas advindas dos setores mais conservadores já enfatizavam essa questão. O neoliberalismo passou a assinalar que o Estado de Bem-Estar, em lugar de contribuir para o crescimento econômico, estaria estagnando a economia por não submeter os serviços públicos ao estímulo da competição. Além disso, os impostos muito elevados reduzem os investimentos industriais. Os governos passaram a ter que conviver com a contradição de manter os altos custos do Estado social e aumentar a carga tributária ou reduzir os investimentos públicos que beneficiavam milhares de pessoas. Em qualquer dessas situações, a impopularidade e o possível desgaste eleitoral eram fantasmas sempre presentes. As fortes contestações ao “consenso keynesiano”, as limitações do modelo fordista e a presença constante e crescente do Estado em todos os âmbitos sociais são alguns dos componentes que explicam o surgimento de novas teorias sobre a organização ideológica do Estado, principalmente o chamado Neoliberalismo e, mesmo de forma ainda muito incipiente.

Estes fatores fizeram que, a partir do final dos anos setenta, houvesse um crescimento simultâneo da recessão econômica e da inflação, criando uma situação radicalmente nova, batizada pelos economistas de plantão com o neologismo “estagnoinflação”, que abalou a construção teórica keynesiana como capaz de dar uma resposta à crise. A combinação de inflação e recessão era algo de novo e de resolução nada fácil através das fórmulas keynesianas.

A intervenção do Estado para regular a economia, que havia sido a prática característica do modelo keynesiano para fazer frente, respectivamente, ao crescimento da estagnação ou ao da inflação, mostraram-se ineficientes ante o aumento simultâneo de ambos os indicadores. Com o desequilíbrio fiscal e o aumento da recessão e do

desemprego, verificado, principalmente, durante as décadas de setenta e oitenta, a proposta de Estado de Bem-Estar ficou ainda mais vulnerável. Nos anos 50 e 60, do século XX, o desemprego na Inglaterra manteve-se entre 1 e 2%. Começou a subir na década de 70, oscilando entre 4 e 6% no fim dos anos 70. O acordo histórico do governo trabalhista com os sindicatos, que se destinava a reduzir o desemprego, conter a inflação e renovar a economia, foi quebrado em 1978-79. A consequência foi o sucessor eleitoral dos conservadores sob a direção de Thatcher.

A nova orientação seria no sentido de que os governos não deveriam manter as políticas voltadas para o pleno emprego, já que isto criaria efeitos indesejáveis, como o aumento da inflação e a diminuição da produtividade. Mesmo assim, a base ideológica e política do Estado de Bem-Estar permaneceu durante a onda conservadora e neoliberal que assolou o Ocidente durante os anos 80. Os principais serviços universais – manutenção dos rendimentos, cuidados de saúde e educação – sobreviveram ao movimento neoconservador na Europa Ocidental, com percalços relativamente pequenos.

Num primeiro momento, a evolução nas discussões doutrinárias sobre as relações entre Estado de Direito e Estado Social pode ser observada em autores que procuraram justificar a intervenção do Estado como uma forma de atualização do Estado Liberal. O caminho percorrido foi aquele que passou a defender que a regulação e intervenção do Estado eram adequadas enquanto representassem a prestação de serviços públicos essenciais e a manutenção de investimentos públicos destinadas a movimentar a engrenagem capitalista e a fortalecer o mercado.

Nessa linha de pensamento e considerando que o indivíduo ficaria dependente das prestações do Estado, o problema principal seria garantir que o Estado não passasse para uma posição arbitrária na gestão dos serviços públicos sociais e na sua intervenção na economia. Foi assim que as teses da reserva legal e o regime democrático passaram a ser essenciais ao controle da atividade estatal.

Dessa posição derivou aquela mais avançada, que considerou o Estado Social de Direito – ou o Estado de Bem-Estar de Direito –, uma posição adequada para as sociedades complexas que surgiam. Estas sociedades passaram a exigir uma crescente intervenção do Estado. A ideia de que um mínimo de Estado corresponderia a um máximo de liberdade restou ultrapassada ou superada. A partir desse ponto de inflexão teórica, o Estado de Bem-Estar, interventivo, passou a representar mais convenientemente o Estado de Direito, já que o conceito de liberdade deixou de ser vinculado à propriedade e à individualidade a qualquer custo, e passou a estar intimamente ligado à condição social do indivíduo. Não seriam livres os homens que não tivessem as mínimas possibilidades sociais.

Houve uma espécie de substituição no conceito de liberdade, com a propriedade sendo substituída pelo Bem-Estar como condição para que o indivíduo fosse livre. Neste sentido, pode-se utilizar um conceito de Estado que alie bem-estar e Democracia como síntese para a tese da intervenção estatal. Esse tipo de estado aponta para um equilíbrio entre os dois conceitos – Estado de Direito e Estado Social –, pois a liberdade é inconcebível sem um elevado grau de solidariedade e de igualdade social, e, por outro lado, o progresso social, o desenvolvimento econômico e a proteção das classes mais desfavorecidas deve fundar-se no respeito pelo Estado de direito constitucional.

### 3. A intervenção estatal por meio do Direito Público

Desde o surgimento do Estado Constitucional, os objetivos fundamentais dos textos constitucionais têm sido a regulação do poder político e a garantia da liberdade dos cidadãos frente a este poder. Não foi, portanto, até época relativamente recente, a finalidade expressa das constituições prever a intervenção do Estado, com detalhes, na ordem econômica estabelecida para a Sociedade. Bonavides aduz, referindo-se àquelas cartas políticas, que “sua essência há de esgotar-se numa missão de inteiro alheamento e ausência de intervenção no econômico e no social” .

Só no começo do século XX as constituições começaram a prever a intervenção, com alguma intensidade, em aspectos relevantes da vida econômica. A partir de 1936, a teoria do inglês John Maynard Keynes, exposta na obra Teoria da moeda e do emprego, passa a representar o seu grande impulso doutrinário. O pensamento de Keynes introduziu na Ciência Econômica a ideia, então revolucionária, da necessidade de uma intervenção mais ou menos permanente dos poderes públicos na economia” .

Entretanto, deve-se observar que já muito antes o constitucionalismo supunha consequências na ordem econômica, mesmo que não fosse propriamente algum tipo de intervenção. Todas estas aspirações conduziam a um modelo econômico que deixasse o indivíduo com liberdade para relacionar-se economicamente com os demais e que lhe permitisse definir, sem a interferência do Estado, quais eram seus interesses. de Tocqueville.

Estas aspirações estavam refletidas, em parte, nos textos do constitucionalismo precursor. A Declaração da Independência dos Estados Unidos da América tem, como um de seus argumentos, a injustificada atuação do Rei da Inglaterra no sentido de cortar o comércio de suas colônias na América do Norte com as outras nações e estabelecer tributos sem o consentimento dos cidadãos destas colônias. A Declaração de Direitos de 1789 consagrou a propriedade como direito inviolável e sagrado, considerando-a um “Direito Natural e imprescritível do homem”.

A intervenção do Estado nos domínios econômico, social e cultural prevista nas constituições do século XX corresponde a um movimento principalmente programático. A ordem econômica e social durante a primeira fase de aceitação positiva do princípio do Estado social nas Constituições do século XX corresponde em grande parte a uma pauta programática. As demandas sociais e o fortalecimento das organizações dos setores sociais mais desfavorecidos, representados pelos partidos trabalhistas, socialistas e comunistas, alavancaram, após a I Guerra Mundial, o movimento pela efetiva constitucionalização de previsões interventivas do Estado na vida econômica e social. O caminho insistir não na defesa do “livre desenvolvimento da personalidade”, ancorado na propriedade, contra as intervenções estatais, mas definir os contornos do “livre desenvolvimento da personalidade”, assente nas próprias prestações estaduais.

Foi nesta época que se forjou a expressão Estado Social, por inspiração de Heller (HELLER, 1968) como indicativo de um modelo de intervenção pública que garantia não só a liberdade, mas também uma adequada condição social e econômica aos cidadãos (CRUZ, 2000). As constituições aprovadas no segundo pós-guerra passaram a admitir, expressamente, um relevante papel do Estado na configuração da ordem econômica e social. A inserção do Estado Social no Estado de Direito traduz um movimento

que impôs ao Estado contemporâneo sua ingerência no domínio particular, isto é, no todo social.

A partir deste momento, a inclusão de cláusulas nos documentos constitucionais dedicadas a prever a ação interventora do Estado nos mais diversos aspectos da vida econômica e social converteu-se numa característica comum a muitos países. Estas cláusulas concentram-se, principalmente, na regulação das relações entre os indivíduos. O exemplo mais atual é o dos códigos do consumidor, destinados a regular as relações privadas de consumo ou, nos marcos regulatórios da internet.

Importante anotar que regulação e intervenção são categorias diferentes. A intervenção dos poderes públicos como agentes econômicos, produzindo ou comercializando, diretamente, insumos e bens ou prestando serviços típicos da iniciativa privada é que caracteriza a intervenção do Estado na economia.

#### 4. COVID-19: guinada ao neointervencionismo e ao neokeynesianismo

Por variados motivos políticos, ideológicos, econômicos, jurídicos e sociais, o decurso das duas últimas décadas assinalaram uma tensão forte entre primados do liberalismo com a necessidade de intervenção estatal por meio do Direito Público nos assuntos e nas esferas particulares. Entretanto, coube à crise econômica dos *subprimes*, ocasionada pela bancarrota da Lehman Brothers Holdings Inc., em 2008, a projeção das respectivas pretensões regulatórias para esferas globais (CRUZ; FERRER, 2009). Se anteriormente os embates entre defensores e opositores da intervenção estatal estavam segmentados em núcleos nacionais, desde então, o respectivo confronto ganhou projeções transnacionais, tanto em Estados “fortes”, seja em Estados “fracos”<sup>5</sup>; tanto em setores bancários, quanto em *commodities*. O episódio da crise de 2008, marcada pela clara intervenção estatal na economia, sinalizou a impotência do sistema econômico-financeiro-liberal de dominar o conjunto da Sociedade. Ao tempo em que o neoliberalismo apontou fissuras e insuficiências nos entes de representação social, a crise de 2008, deu luzes à falha estrutural da noção neoliberal que vislumbrava na Sociedade a dominação pela produção, pela acumulação e pelo conflito em torno da apropriação dos ganhos da produtividade (TOURAINÉ, 2011, pp 20 e 25).

Tais idiossincrasias impactaram incisivamente no debate político a partir de 2010. Presidentes, primeiros-ministros e homônimos foram eleitos/escolhidos em um cenário de forte tensão política sobre o liberalismo (alguns com apelo superlativo, como no caso de Trump e Bolsonaro) e outros, conseguiram canalizar pautas de maior dirigismo e intervenção estatal (representados por López Obrador e Alberto Fernández), valendo-se, para fins de recorte comparativo mais preciso, de chefes de Estado americanos que integram o G20. Contudo, a emergência das consequências do contágio planetário do COVID-19, iniciado em janeiro de 2020, e a posterior declaração de Pandemia pela Organização Mundial de Saúde promoveu uma virada abrupta das manifestações de ultraliberalismo, neointervencionismo e a retomada dos postulados de Keynes.

A declaração de Pandemia do COVID-19 serviu de força catalisadora para que pautas relacionadas com a Sociedade, com o Estado e com a Economia dividissem

---

<sup>5</sup> Conforme nomenclatura utilizada em: KHANNA, Parag. **Como governar o mundo: um roteiro para o próximo renascimento**. Tradução de Berilo Vargas. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2011.

espaços nas agendas governamentais, nacionais e/ou transnacionais, para além da saúde e da epidemiologia. Se antes do surgimento do COVID-19 o mundo já se colocava atento com a desaceleração do crescimento chinês, com o desaquecimento do preço das *commodities*, com as políticas de taxação estadunidense, com a queda do preço/demanda do petróleo e a ampliação de índices de desempregados e/ou subempregados, com a valorização do Dólar, a Pandemia conjugou cenário de recessão e a necessidade de intervenção e proatividade estatal. Assim, parte das políticas apresentadas como responsivas à Pandemia, em verdade, procuram suturar inconformidades econômicas e regulatórias preexistentes.

Argentina, Brasil, EUA e México, ao seu tempo, publicaram atos normativos ordinários e/ou emergenciais para enfrentamento da crise gerada pelo COVID-19. Ainda no contexto de emergência epidemiológica e médica, os respectivos governos focaram em ações de neointervencionismo estatal sobre a atividade econômica, valendo-se de expedientes do Direito Público. Com isso, ao promover uma intervenção econômica, os citados Estados, de orientação liberal ou não, implementaram postulados de Keynes, haja vista a ocorrência de mecanismos relacionados com o pleno emprego, com o controle da inflação e com a intervenção substancial do Estado na economia.

Argentina, Brasil, EUA e México por múltiplas vias romperam com a base epistemológica do liberalismo econômico e com o neoliberalismo gestado em Bretton Woods e na Escola de Chicago quando, de arrancada, preteriram com os respectivos tetos de gastos públicos e com os limites de endividamento público. No Brasil, em particular, a publicação do Decreto Legislativo n. 06, de 20 de março de 2020, que reconhece a ocorrência de calamidade pública, nos termos da Lei Complementar n. 101/2000, impõe uma guinada na cartilha da pasta econômica do atual governo, abandonando a noção de ultraliberalismo em curso. No mesmo contexto, há que se referenciar a concessão de crédito extraordinário, em favor do Ministério da Economia, no valor de R\$ 51.641.629.500,00, conforme Medida Provisória 935, de 01 de abril de 2020.

Contemporaneamente, os respectivos Estados introduziram permissões para concessão de créditos extraordinários, gerenciamento de operações de risco de crédito e reestruturação das operações creditícias, intervindo para permitir maior fluidez de ativos financeiros para pessoas jurídicas e pessoas físicas, incluindo no sistema bancário, funções que transcendem a moldura de cautela e lastreabilidade. Especificamente o Brasil, por meio da Resolução n. 4.782, de 16 de março de 2020, do seu Banco Central, enfrentou a questão dos “ativos problemáticos”, promovendo claro intervencionismo. Ao seu tempo, o *Federal Reserve* americano reduziu a zero a taxa de juros para induzir a contratação de crédito e a circulação de moeda nas mais diversas camadas sociais, fazendo que, na prática a noção de empréstimo seja reconfigurada para a ideia de transferência de liquidez, em linha próxima a defendida por Amartya Sen (2010).

No viés do pleno emprego, pilar central da proposta keynesiana, as políticas de neointervencionismo dos respectivos Estado para fazer frente à crise decorrente da Pandemia do COVID-19, concentraram-se prioritariamente na conservação dos vínculos formais, objetivando frear indicadores de desemprego e ausência de ocupação. Nesse cenário, ganha relevo as propostas do governo brasileiro que, priorizou pela conservação dos vínculos contratados em detrimento da manutenção de padrões de renda, conforme se observa pelas redações dadas às Medidas Provisórias 927 (publicada em

22 de março de 2020), 928 (publicada em 23 de março de 2020) e 936 (publicada em 01 de abril de 2020).

Ambas as Medidas Provisórias ingressaram em um espaço claro de intervenção, por meio do Direito Público, na iniciativa privada e na livre iniciativa, por meio de dirigismos e intervencionismos. Todavia, o Brasil optou por vias mais brandas das publicadas pelo governo americano e argentino que exigiram a manutenção dos vínculos formais e das remunerações pactuadas. No caso da Argentina, demissões imotivadas e suspensões dos contratos de trabalho foram proibidas pelo período de sessenta dias (Decreto 329, de 31 de março de 2020). Já o governo americano ajustou o envio de cheque governamental na importância de mil dólares para fazer frente às necessidades básicas da população que, em interstício de duas semanas somou mais de dez milhões de novos desempregados (LONG, 2020).

Por vias distintas, os Estados em apreciação procuraram conservar mecanismos de emprego por meio da manutenção dos contratos formais, enquanto indicador econômico estratégico e, por outro lado, a criação de modelos de renda mínima no momento de crise e véspera de depressão econômica. Assim, em conformidade com a linha neointervencionista, de viés keynesiano, objetivam salvaguardar a subsistência, manter as engrenagens capitalistas de consumo em funcionamento e sinalizar racionalidade e clareza ao mercado.

Propósito idêntico se observa quando das estratégias emergenciais para preservação das atividades empresarias dos negócios de pequeno capital e/ou de regime tributário diferenciado. Com o argumento de manutenção das atividades e dos empregos, linhas especiais de crédito foram concedidas, obrigações tributárias flexibilizadas e menor burocracia (Resolução 152, 18 de março de 2020 e Medida Provisória 932, 31 de março de 2020). Argentina, Brasil, Estados Unidos e México, cada um por seus meios, fixaram diretrizes de orientação keynesiana para distribuir incentivos econômicos entre autônomos, profissionais liberais e empreendedores individuais, seja por meio de seguro social, seja por renda mínima para o grupo familiar.

Todavia, ao tempo em que tais medidas possam flertar com preceitos neoliberais, as condicionantes postas para tais mecanismos protetivos e as contrapartidas quanto à eleição de setores estratégicos para o Estado, sinalizam hipótese de neointervencionismo. Nesse sentido, é autoexplicativo o comportamento do Presidente Trump quando impõe à General Motors o dever de produção planificada pelo Estado de produtos essenciais, segundo a Lei de Produção de Defesa, aprovada em 1950, destoando da cartilha neoliberal. Por linhas similares, mesmo após a edição de Medida Provisória n. 881, de 30 de abril de 2019 (Lei da Liberdade Econômica), há uma fuga das pautas neoliberais quando, por exemplo, no caso do pedido de intervenção em uma rede hospitalar privada de São Paulo, pelo elevado número de óbitos por COVID-19.

Para além dos casos supracitados, não se pode ignorar o panorama mais amplo de neokeynesiano e neointervencionismo que une, no momento de Pandemia do COVID-19, modelos político-econômicos de orientação liberal ou social que ultrapassam os limites estabelecidos pelas normas de responsabilidade fiscal e injetam valores extraordinários de suas receitas para cuidado da saúde pública e da dinâmica econômica. O ultraliberalismo de Trump colocou em circulação um pacote econômico de US\$ 2 trilhões de dólares, quando o PIB de 2019 registrou US\$ 21,4 trilhões de dólares

(aproximadamente 9,9 % do PIB invertido para intervenção e políticas públicas). A chamada Escola de Chicago, crítica ao intervencionismo, majoritária na adoção de políticas econômicas no governo Bolsonaro, promete colocar em valores monetários que chegam a R\$ 700 bilhões, para um PIB de R\$ 7,3 trilhões, com edição de Emenda à Constituição em tramitação. A Argentina, anunciou verba na ordem de \$ 450 bilhões de pesos argentinos, com um PIB aproximado de US\$ 600 bilhões. Apenas como comparação, o Peru, igualmente de orientação liberal, anunciou a liberação de quantia equivalente a 12% do seu PIB (US\$ 25 bilhões) para ajuda à economia<sup>6</sup>.

Como consequência, em razão da destinação ampla de recursos públicos, de fazendas que se encontram de déficit ou em recuperação, importa na proposição de medidas legislativas que objetivam rediscutir regimes tributários, fontes de arrecadação e reformas estruturais. No Brasil, é o caso do Projeto de Lei n. 924/2020 que visa regulamentar o imposto sobre grandes fortunas, previsto desde 1988, na Constituição Federal. Destarte, abre-se um novo flanco de intervenção estatal na economia, descaracterizando a pauta política e econômica de Estado mínimo e ultraliberalismo antes em curso.

### Considerações finais

O cenário desvelado desde a condição pandêmica do COVID-19, principalmente quando da sua chegada ao ocidente, forçou uma guinada dos Estados e seus governantes para medidas de emergência e excepcionalidade para contingenciamento de crises epidemiológicas, sociais, econômicas e jurídicas. Assim, regimes que vinham em uma ascendente de ultraliberalismo, restaram obrigados a cambiar de pressupostos para padrões de neointervencionismo e adoção dos postulados de Keynes, a partir de releitura de atualização. Por isso Neokeynesianismo.

No intervalo de uma semana, especialmente no cenário da América, o antagonismo entre governos ultraliberais e governos de maior dirigismo e intervenção ficou superado para instituição de mecanismos de atuação estatal direta no setor privado e nas políticas públicas em contra a políticas de controle orçamentário, na defesa do emprego e na criação de rendas mínimas, sendo emblemática a guinada capitaneada por Trump, cujas medidas possuem envergadura maior que o *New Deal*. Chama a atenção igualmente a opção clara e inequívoca que os respectivos governos pelos mecanismos de intervenção estatal, invocando atributos da soberania para marginalizar expedientes de *soft law*, autorregulação e ou regulação. Assim, de políticas sanitárias até relações de trabalho ganharam centralidade novamente.

Todavia, ao tempo em que a eficácia das medidas tomadas ainda estão sob aferição, pelo decurso do tempo e pelas dinâmicas sociais altamente voláteis, há que se considerar que, o retorno à Keynes, seja pela via do neokeynesianismo ou pela versão mais conservadora dos seus postulados, impõe considerar as seguintes variáveis, especialmente no caso brasileiro: a) o significativo grau de déficit orçamentário público que agora pode ultrapassar a casa de 200 milhões de reais; b) a majoração dos expedientes tributários tende a impactar na atratividade produtiva e comercial, gerando externalidades de custo que prejudicarão no ambiente concorrencial; c) a polarização política e

<sup>6</sup> Dados extraídos junto aos sites dos respectivos governos pontuados, no período de 31/03 até 03/04/2020.

ideológica presente que obstaculiza o diálogo do governo com seus governados, dificultando negociações e concessões mútuas; d) o controle democrático das medidas de intervenção, para que não se convertam em autoritarismos e arbitrariedades desmedidas e; e) transparência na gestão dos meios de intervenção e dirigismo econômico por institutos do Direito Público.

Por fim, de modo emblemático a condição de eficácia das medidas de intervenção, de natureza keynesiana, não está lastreada apenas na quantidade de moeda posta em circulação pelos respectivos tesouros nacionais. É condição *sine qua non* o manejo adequado do Direito Público para otimizar atuações proativas dos respectivos Governos, em consonância com as demandas reais durante e após a Pandemia do COVID-19 para manutenção de renda, de condições de emprego e dos fluxos produtivos e consumistas do capitalismo. Do contrário, há que se potencializar déficits inadmissíveis, filas de desempregados e sucessões falimentares escalonadas. Mais do que nunca, os episódios relacionados com a COVID-19 exigem o dever de atuação prestacional e interventiva dos Estados.

## Referências

ANTÓN, Joan et alii. *El liberalismo*. Madrid: Tecnos, 1996.

CRUZ, Paulo Márcio; FERRER, Gabriel Real . A crise financeira mundial, o estado e a democracia econômica. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito**, v. 1, p. 46-56, 2009.

\_\_\_\_\_. **Parlamentarismo em Estados Contemporâneos: os Modelos da Inglaterra, Portugal, França e Alemanha**. 1. ed. Itajaí: Editora da Universidade do Vale do Itajaí, 2000.

DAHRENDORF, Ralf. **O conflito social moderno: um ensaio sobre a política da liberdade**. São Paulo: Jorge Zahar Editor/USP, 1992.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**. Saraiva, 1985.

HELLER, Hermann. **Teoria do Estado**. Tradução de Lycurgo Gomes da Motta. São Paulo: Mestre Jou, 1968.

KHANNA, Parag. **Como governar o mundo: um roteiro para o próximo renascimento**. Tradução de Berilo Vargas. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2011

LONG, Heather. *Over 10 million Americans applied for unemployment benefits in March as economy collapsed.* **The Washington Post**. Disponível em [https://www.washingtonpost.com/business/2020/04/02/jobless-march-coronavirus/?hpid=hp\\_hp-top-table-high\\_banner-hed%3Ahomepage%2Fstory-ans&itid=hp\\_hp-top-table-high\\_banner-hed%3Ahomepage%2Fstory-ans](https://www.washingtonpost.com/business/2020/04/02/jobless-march-coronavirus/?hpid=hp_hp-top-table-high_banner-hed%3Ahomepage%2Fstory-ans&itid=hp_hp-top-table-high_banner-hed%3Ahomepage%2Fstory-ans). Acesso em 02 abr. 2020.

NOZICK, Robert. **Anarquia, Estado e Utopia**. Tradução de Fernando Santos. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

PASOLD, Cesar Luiz. **Função social do Estado Contemporâneo**. 3 ed. Florianópolis: OAB/SC Editora co-edição Editora Diploma Legal, 2003.

RAWLS, John. **Teoría de la justicia**. Tradução de de María Dolores González. México: Fondo de Cultura Económica, 1995.

\_\_\_\_\_. **O liberalismo político**. 2. ed. Trad. Dinah de Abreu Azevedo. São Paulo: Ática, 2000.

REALE, Miguel. **O estado democrático de direito e o conflito das ideologias**, 3 ed. Editora Saraiva, 2005.

SEN, Amartya. **Desenvolvimento como Liberdade**. Trad. Laura Texeira Motta. São Paulo, Companhia das Letras, 2010.

SMITH, Adam. **A Riqueza das Nações**: Uma Investigação sobre a Natureza e as Causas da Riqueza das Nações. São Paulo: Madras, 2009.

STAFFEN, Márcio Ricardo; ZAMBAM, Neuro José. **Direito global e desigualdades**: um estudo a partir do “direito dos povos” de John Rawls. Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM, Santa Maria, RS, v. 10, n. 1, p. 243-258, out. 2015.

TOURAINÉ, Alain. **O que é a democracia?** Editora Vozes, 1996.

TOURAINÉ, Alan. Após a crise. **A decomposição da vida social e o surgimento de novos atores não sociais**. Petrópolis: Vozes, 2011





# INTEGRAÇÃO METROPOLITANA, SANEAMENTO BÁSICO E GOVERNANÇA INTERFEDERATIVA

Sergio Guerra<sup>1</sup>,  
Péricles Gonçalves Filho<sup>2</sup>

## RESUMO

*O presente artigo tem por objetivo analisar as repercussões que a Lei nº 13.089, de 12 de janeiro de 2015, denominada “Estatuto da Metrôpole”, produz sobre a prestação do serviço de saneamento básico nas regiões metropolitanas e aglomerações urbanas instituídas pelos Estados, levando-se em consideração a decisão proferida pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.842, que instituiu a Região Metropolitana do Rio de Janeiro e a Microrregião dos Lagos e transferiu para o Estado do Rio de Janeiro a titularidade do Poder Concedente para a prestação de serviços públicos de interesse metropolitano, incluindo o serviço de saneamento básico.*

**Palavras-chave:** *Estatuto da metrôpole. Regiões metropolitanas. Serviço público de saneamento básico. Governança interfederativa.*

## DESNACIONALIZAÇÃO DA PRODUÇÃO E EXCLUSÃO SOCIAL DO TRABALHADOR NA ECONOMIA GLOBALIZADA

### ABSTRACT

*The purpose of this article is to analyze the repercussions that Law No. 13,089, of January 12, 2015, called “Statute of the Metropolis”, produces on the provision of basic sanitation services in metropolitan regions and urban agglomerations instituted by States, leading to taking into consideration the decision handed down by the Plenary of the Supreme Federal Court in Direct Action of Unconstitutionality nº 1.842, which instituted the Metropolitan Region of Rio de Janeiro and the Microregion of Lagos and transferred to the State of Rio de Janeiro the title of the Grantor Power to the provision of public services of metropolitan interest, including sanitation.*

<sup>1</sup> Visiting Researcher (Yale Law School). Doutor e Mestre em Direito. Pós-Doutorado em Administração Pública. Diretor e Professor Titular da Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas - RJ (Graduação, Mestrado e Doutorado). Embaixador no Brasil da Yale University. Editor da Revista de Direito Administrativo - RDA. Coordenador do Curso International Business Law (Universidade da Califórnia - Irvine).

<sup>2</sup> Doutorando em Direito da Regulação pela Fundação Getúlio Vargas - FGV Direito Rio. Mestre em Direito da Regulação pela Fundação Getúlio Vargas - FGV Direito Rio "Visiting Scholar" na Universidade da Califórnia - Irvine Pesquisador do Centro de Pesquisa em Direito e Economia da FGV Direito Rio Sócio de Navega Advogados Associados.

**KEYWORDS:** *Statute of the metropolis, metropolitan regions, public basic sanitation service, inter-federative governance.*

## INTRODUÇÃO

O presente artigo visa examinar as repercussões que a Lei nº 13.089, de 12 de janeiro de 2015, denominada “Estatuto da Metr pole”, produz sobre a presta o do serviço de saneamento básico nas regiões metropolitanas e aglomera es urbanas instituídas pelos Estados, levando-se em considera o a decisão proferida pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal na A o Direta de Inconstitucionalidade n  1.842.

A referida ADI impugnou a constitucionalidade da Lei complementar n  87, de 16 de dezembro de 1997, do Estado do Rio de Janeiro, que instituiu a Região Metropolitana do Rio de Janeiro e a Microrregião dos Lagos e transferiu para o Estado do Rio de Janeiro a titularidade do Poder Concedente para a presta o de serviços públicos de interesse metropolitano, incluindo o serviço de saneamento básico.

Em julgamento paradigmático concluído em 06/03/2013, o STF definiu que a institui o de regiões metropolitanas, aglomera es urbanas ou microrregiões pode vincular a participa o de Municípios limítrofes, sem que isso resulte na transferência de competências públicas para o Estado. Neste caso, o poder concedente e a titularidade do serviço passam a ser do colegiado formado pelos Municípios e pelo Estado, sendo que a participa o dos entes federativos nesse colegiado deve prevenir a concentra o do poder decisório no  mbito de um único ente.

Cerca de dois anos depois desse julgamento foi promulgado o Estatuto da Metr pole, trazendo uma série de matérias que se relacionam diretamente com a decisão proferida na ADI n  1.842, sendo a principal delas a *governança interfederativa das fun es públicas de interesse comum*, que reflete uma nova forma de se enxergar o exercício das competências detidas pelos entes reunidos em regiões metropolitanas e aglomera es urbanas.

Assim, considerando que diversas inova es legislativas abordam aspectos do julgamento efetuado pelo STF, torna-se relevante investigar que tipo de repercussão o Estatuto da Cidade produz sobre a decisão proferida na ADI n  1.842, especificamente com rela o ao serviço de saneamento básico nas regiões metropolitanas e aglomera es urbanas instituídas pelos Estados.

O tema se apresenta de aguda relevância haja vista a situa o do saneamento básico no país. Segundo recente levantamento, 35 milhões de brasileiros não possuem acesso ao abastecimento de água (16,38% da popula o), mais de 100 milhões não dispõem da cobertura da coleta de esgoto (46,85%) e somente 46% do volume de esgoto gerado no país   tratado<sup>3</sup>. Os números críticos ora retratados se tornam ainda mais problemáticos no atual cenário de pandemia do coronavírus, considerando que a medida

---

<sup>3</sup> Diagnóstico fornecido pelo Instituto Trata Brasil em parceria com a GO Associados, a partir dos dados do Sistema Nacional de Informa es sobre Saneamento (SNIS) – ano base 2018, divulgado anualmente pelo Ministério das Cidades. Disponível em: [http://www.tratabrasil.org.br/images/estudos/itb/ranking\\_2020/Relatorio\\_Ranking\\_2020\\_18.pdf](http://www.tratabrasil.org.br/images/estudos/itb/ranking_2020/Relatorio_Ranking_2020_18.pdf), acesso em 20.6.2020. Esses números evidenciam o grande desafio que consubstancia a universaliza o do acesso ao serviço público de saneamento básico, um dos princípios fundamentais previstos pela Lei n  11.445, de 5 de janeiro de 2007.

mais eficaz de proteção é o simples lavar das mãos, prática tão básica quanto inviável para muitos brasileiros.

O saneamento básico é condição essencial para a materialização do direito à saúde, de modo que a falha na sua prestação produz consequências prejudiciais ao bem-estar de cada cidadão, impactando sua qualidade e expectativa de vida<sup>4</sup>. Tudo isso aponta para a necessidade de se (re)avaliar o tratamento até aqui conferido ao tema do saneamento público pelo Estado brasileiro.

O capítulo 1 do presente artigo abordará a discussão em torno da competência constitucional para prestação do serviço de saneamento básico nas regiões metropolitanas e aglomerações urbanas instituídas pelos Estados, balizada pela decisão proferida pelo STF na ADI nº 1.842/RJ. No capítulo 2 será analisado o Estatuto da Metrópole, conferindo-se especial ênfase ao tema da governança interfederativa de regiões metropolitanas e de aglomerações urbanas. Finalmente, o capítulo 3 analisará o tema da governança, examinando o seu significado contemporâneo e por quais razões é relevante no contexto das regiões metropolitanas e aglomerações urbanas. O tema do federalismo cooperativo, por sua íntima correlação com a governança, também merecerá destaque, seguido de avaliação das repercussões que, objetivamente, o Estatuto da Metrópole produz sobre a prestação do serviço de saneamento básico naquelas unidades regionais.

A presente pesquisa foi realizada com opção metodológica a partir de uma abordagem multimétodo, permitindo a análise da questão de maneira ampla e não limitada a uma discussão puramente teórica. Para o desenvolvimento do objeto, adotou-se, para além de revisão bibliográfica referente ao tema, com o levantamento de argumentos centrais já existentes na doutrina sobre federalismo e regiões metropolitanas, uma análise contendo inovações normativas e jurisprudencial no âmbito do Supremo Tribunal Federal.

## 1. A COMPETÊNCIA CONSTITUCIONAL PARA A PRESTAÇÃO DO SERVIÇO DE SANEAMENTO BÁSICO À LUZ DA ADI Nº 1.842/RJ

### 1.1 O princípio da predominância do interesse para a prestação de serviços públicos

A repartição constitucional de competências entre os diferentes entes federativos, aspecto essencial da noção de Estado Federal<sup>5</sup>, é realizada com base no princípio da predominância do interesse. Assim, à União cabem as matérias e questões de predominate interesse geral, nacional; aos Estados, as matérias e assuntos de predominate interesse regional; e aos Municípios, os assuntos de interesse local. Por expressa disposição constitucional, ao Distrito Federal são atribuídas as competências legislativas reservadas aos Estados e Municípios<sup>6</sup>.

<sup>4</sup> LAHOZ, Rodrigo Augusto Lazzari; DUARTEP, Francisco Carlos Duarte. A universalização do serviço de saneamento básico e a efetividade do direito fundamental à saúde. **Nomos. Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC**, v. 35 n. 1 (2015): jan./jun. 2015, p. 336.

<sup>5</sup> Sobre as características do federalismo brasileiro, ver ZIMMERMANN, Augusto. **Teoria geral do federalismo democrático**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

<sup>6</sup> Conforme art. 32, § 1º, da CF/88.

A distribuição territorial do poder político envolve a atribuição de competências legislativas, administrativas e tributárias. Neste artigo interessam apenas as competências administrativas, pois é neste contexto que se insere a competência para a prestação do serviço de saneamento básico.

O predomínio de interesse nacional atrai, por si só, os serviços públicos que carecem de soluções amplas e de escala, demandando um tratamento juspolítico integrador e centralizador visando atender os princípios regedores dos serviços públicos, envolvendo a generalidade, como forma de eliminar as desigualdades, o aperfeiçoamento, tanto em termos de extensão como de qualidade, e, em termos econômicos, a sua modicidade, para que o consumidor seja pouco onerado em troca de um bom serviço.<sup>7</sup>

Destaque-se que, com relação aos serviços públicos de interesse nacional, a Constituição Federal adota um critério mais rígido, enumerando todos aqueles serviços que são de competência exclusiva da União<sup>8</sup>, o que evidentemente afasta qualquer possibilidade de questionamento quanto à titularidade sobre o serviço.

Já com relação ao predomínio de interesse regional, sabe-se que os Estados-membros constituem instituições típicas do federalismo clássico, pois são eles que dão a estrutura conceitual dessa forma de Estado. Nos termos do art. 21, §1º da Constituição Federal, aos Estados são reservadas todas as competências remanescentes, ou seja, aquelas que a Constituição Federal não lhes tenha vedado expressamente.

Sobre tal competência, Marcos Juruena Villella Souto destaca, com arrimo em Manoel Gonçalves Ferreira Filho, que a doutrina não tem aprofundado os limites da competência remanescente dos Estados-membros, reconhecendo, mesmo, que, em termos reais, seria das mais reduzidas, seja em extensão, seja em importância. Aduz, numa aproximação desse preceito constitucional, que se passou a considerar que estariam excluídas do âmbito da competência dos Estados todas as matérias atribuídas de modo restritivo à competência da União e dos Municípios.<sup>9</sup>

Considerando que as competências da União estão elencadas no art. 21 e que aos Municípios competem as concessões e permissões dos serviços públicos de interesse local, tem-se que aos Estados compete, expressamente, a prestação dos serviços públicos de distribuição de gás canalizado, e toda e qualquer competência que não tenha sido atribuída à União, nem seja estritamente de interesse local (poderes remanescentes), podendo-se citar: transporte ferroviário, exceto quando competente a União, transporte metroviário; transporte rodoviário intermunicipal; transporte aquaviário, exceto quando for de competência da União<sup>10</sup>.

Finalmente, quanto ao predomínio de interesse local, a Constituição atribui aos Municípios a competência para prestar os serviços de interesse local<sup>11</sup>, compreendido como sendo predominante e não exclusivo, para efeito da caracterização da

<sup>7</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Mutações do direito administrativo**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p.239.

<sup>8</sup> Todas as constituições brasileiras, desde a República, estabeleceram a técnica de competências enumeradas à União. Sobre o tema, confira-se: ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. **Competências na Constituição de 1988**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

<sup>9</sup> SOUTO, Marcos Juruena Villella. **Desestatização, Privatizações, Concessões e Terceirizações**. 4ª. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Jures, 2001. p. 144.

<sup>10</sup> Conforme art. 21, inc. XII, alínea "d", da Constituição Federal.

<sup>11</sup> Conforme art. 30, inc. V, da Constituição Federal.

competência em cada caso, notadamente considerando-se os avanços tecnológicos, que impactam na evolução dos serviços públicos, podendo até mesmo transformar, em pouco tempo, um serviço de interesse local num serviço que poderá vir a ser prestado eficientemente em escala regional ou nacional.<sup>12</sup>

O fundamento para a competência local reside no entendimento de que a administração municipal é geralmente a mais apta para a organização e a prestação de serviços locais em razão de sua proximidade com a comunidade cidadina, destinatária final dos serviços. E esse interesse local, a que se refere a Carta vigente, em sucedâneo à expressão “peculiar interesse” consagrada nas Constituições anteriores, pressupõe a autossuficiência municipal, ou seja, a capacidade plena do Município para a correspondente prestação dos serviços públicos, em atendimento às necessidades dos consumidores finais.

Peculiar interesse não é interesse exclusivo do município; nem, tampouco, privativo da localidade ou único dos munícipes, haja vista que não há interesse municipal que não seja reflexamente da União e dos Estados, como também não há interesse regional ou nacional que não impacte os Municípios como partes integrantes da federação brasileira. Nesse sentido, a caracterização de peculiar interesse se relaciona, diretamente nos termos constitucionais, com a predominância do interesse do município sobre o do Estado ou da União.<sup>13</sup>

Feita esta abordagem inicial acerca da temática da divisão de competências federativas para a prestação de serviços públicos, pode-se avançar sobre a específica situação que envolve a prestação do serviço público de saneamento básico, cuja competência há de ser analisada à luz do art. 25, § 3º, da Constituição Federal, que, ao possibilitar aos Estados-membros a instituição de regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões, aponta para uma nova categoria de interesse capaz de ensejar conflitos entre Estados e Municípios.

## 1.2 AS REGIÕES METROPOLITANAS E O TENSIONAMENTO ENTRE A AUTONOMIA MUNICIPAL E O INTERESSE METROPOLITANO

Atento ao fato de que o Município não é um ente isolado e autossuficiente, notadamente considerando que há situações que determinam a predominância do *interesse comum* de um conjunto de Municípios, o Constituinte de 1988 consagrou, paralelamente ao princípio da autonomia municipal constante dos arts. 18 e 29, limites ao exercício dessa autonomia.

E isso se deve ao fato de que, como leciona Marcos Juruena Villela Souto, em determinadas situações a divisão espacial descentralizada da prestação de serviços públicos afetos às municipalidades pelo comando constitucional poderia causar inconvenientes insuperáveis pelos Municípios, isoladamente, ainda mais se contemplados os Estados-membros, onde se apresentam grandes densidades populacionais. Daí, com a interpenetração econômica entre municípios limítrofes, haveria um risco de se estabelecer verdadeiro caos na exploração, ao invés de sua adequada prestação à sociedade.<sup>14</sup>

<sup>12</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Op. cit., p. 328.

<sup>13</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito municipal brasileiro**, v. I, 7ª. ed. São Paulo: Malheiros, 1994. p. 64.

<sup>14</sup> SOUTO, Marcos Juruena Villela. Ob. cit., p. 145.

Com efeito, com vistas à integração de funções públicas de *interesse comum*, a Constituição Federal conferiu aos Estados-membros, em seu art. 25, § 3º, a competência para, “mediante lei complementar, instituir regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões, constituídas por agrupamentos de municípios limítrofes, para integrar a organização, o planejamento e a execução de funções públicas de interesse comum”.

O fundamento constitucional da região metropolitana reside, essencialmente, na realização de serviços comuns aos Municípios integrantes de uma mesma comunidade sócio-econômica. Trata-se, na verdade, do reconhecimento constitucional de uma realidade, qual seja, a impossibilidade de os Municípios poderem executar, isoladamente, determinadas funções públicas, as quais deixam de ser de exclusivo *interesse local*, por serem pertinentes a toda a comunidade metropolitana.

Arnold Wald teve a oportunidade de observar, com arrimo no magistério de José Afonso da Silva, que observados os fatos, atrelados às circunstâncias e a evolução econômica, técnica e social, há uma afetação estatal em determinados setores e atividades, deixando de ser próprios aos particulares para se transformarem em área de atuação estatal, operando-se mutações entre as faixas de responsabilidade e as atribuições da União, do Estado e do Município. O autor, citando estudo de José Afonso da Silva, destacou esse aspecto da questão, em que a dinâmica social e as mutações econômicas modificam constantemente a dimensão dos interesses, passando algo que em determinado momento histórico apresenta interesse tipicamente local, abrangendo um círculo mais amplo influenciando mutuamente várias cidades.<sup>15</sup>

Nessa linha de compreensão, Caio Tácito pondera que a lei complementar estadual, que institui a região metropolitana, indica haver íntima correlação de interesses que torna unitária e coordenada, em entidade própria, segundo a lei complementar, a gestão de serviços e atividades originariamente adstritos à administração local, em observância aos princípios da continuidade, da produtividade e da eficiência. Com o agrupamento de municípios, por força de lei complementar, denota um grau de afinidade e de necessária unidade operacional que ultrapassa sobrepõe aos serviços locais a continuidade de serviços comuns a serem integrados em uma administração única.<sup>16</sup>

Assim, além do interesse geral (nacional), regional e local, a instituição de regiões metropolitanas suscita o denominado interesse metropolitano, que corresponde às necessidades comuns dos Municípios agrupados. Este interesse resta predominante e sobrepõe-se ao estrito interesse local, o que conduz, como de natural obviedade, a prestação de tais serviços públicos à órbita da competência comum. Discorrendo acerca da peculiaridade metropolitana, Sérgio Ferraz<sup>17</sup> é taxativo ao reconhecer ser defeso ao Município, diante da configuração da peculiaridade metropolitana, invocar a peculiaridade municipal, de modo que na área do serviço comum a atuação municipal terá de se submeter ao planejamento metropolitano.

<sup>15</sup> WALD, Arnold. As áreas metropolitanas, **Revista de Direito Público** n° 22, ano 1972. p. 172.

<sup>16</sup> TÁCITO, Caio. Parecer Saneamento Básico – Região Metropolitana – Competência Estadual, **Revista de Direito Administrativo**, n° 213, jul./set., 1998. p. 324.

<sup>17</sup> FERRAZ, Sérgio. As Regiões Metropolitanas no Direito Brasileiro, **Revista de Direito Público** n° 37/38, p.22.

A esse propósito, há que se ressaltar que, com a instituição da região metropolitana, o Município não tem a sua autonomia diminuída, pois continua com a competência para atuar no âmbito de todas as atividades que forem de seu *interesse local* ou "*peculiar interesse*", isto é, de seu interesse predominante. Com efeito, não há que se cogitar de qualquer usurpação de competência ou violação à autonomia municipal, por parte da lei complementar instituidora de região metropolitana, até mesmo porque, conforme precisa observação de Caio Tácito, esta encontra também fundamento em norma constitucional. Assevera que a avocação estadual de matéria ordinariamente municipal não viola a autonomia do Município haja vista que se fundamenta no texto constitucional, que afirma e limita a autonomia municipal.<sup>18</sup>

É inegável, contudo, que a instituição de regiões metropolitanas pode representar, para os Municípios, a perda material de uma posição de supremacia exclusiva na relação hierárquica até então mantida com determinados assuntos. É justamente no momento da edição da lei complementar a que alude o art. 25, § 3º, da Constituição Federal – ocasião em que o Estado deve definir, dentre outros temas, quais serviços públicos passarão a ser de interesse dos agrupamentos urbanos – que podem surgir conflitos tendo como fundamento os princípios e regras constitucionais que se relacionam com o modelo federativo em vigor. A ADI 1.842, objeto de análise no próximo subtópico, retrata exatamente este tipo de conflito.

### 1.3 A ADI 1.842 E A INTERPRETAÇÃO CONFERIDA PELO STF

Em 09 de junho de 1998, o Partido Democrático Trabalhista – PDT ajuizou a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.842 contra preceitos da Lei Complementar nº 87, de 16 de dezembro de 1997, editada pelo Estado do Rio de Janeiro. Essa normativa instituiu a Região Metropolitana composta pelos Municípios do Rio de Janeiro, Belford Roxo, Duque de Caxias, Guapimirim, Nilópolis, Niterói, Nova Iguaçu, Paracambi, Queimados, São Gonçalo, São João de Meriti, Seropédica e Tanguá.

A mencionada Lei criou, ainda, a Microrregião dos Lagos, integrada pelos Municípios de Araruama, Armação dos Búzios, Arraial do Cabo, Cabo Frio, Iguaba Grande, São Pedro D´Aldeia, Saquarema e Silva Jardim. No caso, a norma transferia a titularidade do Poder Concedente para a prestação de serviços públicos de interesse metropolitano ao Estado do Rio de Janeiro, incluindo o saneamento básico.

A alegação da agremiação partidária requerente era de que as normas impugnadas acabavam por usurpar, em favor do Estado do Rio de Janeiro, funções de estrita competência dos Municípios que integram a chamada região metropolitana, violando os princípios constitucionais do equilíbrio federativo (artigos 1º, 23, I e 60, § 4º, I), da autonomia municipal (artigos 18 e 29), da não-intervenção dos Estados em seus Municípios (artigo 35), das competências municipais (artigos 30, I, V e VII, e 182, § 1º) e comuns da União, do Estado e dos Municípios (artigos 23, VI, e 225).

O cerne da discussão, portanto, espelhava o tensionamento que a legislação em questão produzia entre dois importantes valores constitucionais: de um lado, a

<sup>18</sup> TÁCITO, Cario. *Ob. cit.*, p. 324.

autonomia municipal; de outro, a integração por meio das regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões.

O Relator do caso, em substituição ao Ministro Maurício Corrêa, foi o Ministro Luiz Fux, sendo Relator do acórdão o Ministro Gilmar Mendes. Nesse julgado, o STF pontuou algumas questões que de certa forma trazem algum direcionamento sobre os limites do Estado na criação e organização das Regiões Metropolitanas no que se refere à prestação e delegação dos serviços públicos de interesse comum, incluindo o saneamento básico.

De início, o julgado do STF fez questão de ressaltar que a Constituição Federal enfatizou a autonomia municipal ao mencionar os municípios como integrantes do sistema federativo (art. 1º da CF/1988) e ao fixar a referida autonomia junto com os estados e o Distrito Federal (art. 18 da CF/1988). Na essência dessa autonomia situam-se (i) a autoadministração, que implica capacidade decisória quanto aos interesses locais, sem delegação ou aprovação hierárquica, e (ii) o autogoverno, que determina a eleição do chefe do Poder Executivo e dos representantes no Legislativo.

Inobstante, os interesses de responsabilidade dos Municípios devem ser predominantemente locais, não podendo afetar substancialmente as demais comunidades, pois, neste caso, surgiriam razões para a transposição de determinadas atividades e serviços do interesse eminentemente local para o regional. Como assinalado no acórdão, “o interesse comum inclui funções públicas e serviços que atendam a mais de um município, assim como os que, restritos ao território de um deles, sejam de algum modo dependentes, concorrentes, confluentes ou integrados de funções públicas, bem como serviços supramunicipais”.

O julgado estabeleceu, ainda, que o interesse comum e a compulsoriedade da integração metropolitana não são incompatíveis com a autonomia municipal. Mais especificamente, o STF ressaltou que o caráter compulsório da participação dos Municípios em regiões metropolitanas, microrregiões e aglomerações urbanas já foi acolhido pelo seu Plenário.<sup>19</sup>

Nessa primeira abordagem, observa-se que a decisão do STF seguiu a linha da doutrina de Alaôr Caffé Alves, para quem “a autonomia dos municípios metropolitanos, ao ser modificada quanto ao conteúdo ou matérias sobre as quais é exercida, não corresponde à ideia de que antes existia uma autonomia ampla e que, depois, com a criação da região metropolitana, da aglomeração urbana ou da microrregião, viesse a ser restringida, diminuindo-lhe o campo de atuação. Não é o que juridicamente ocorre, visto que se os municípios metropolitanos deixam de ter plena e exclusiva atuação sobre determinadas matérias, porque estas passam, pela exigência e natureza das coisas, a ser tratadas a nível regional, ganham, contudo, nova responsabilidade de caráter regional, pois terão que participar e decidir, em conjunto, com outros entes político-administrativos, sobre a mesma matéria, agora em nível regional.”<sup>20</sup>

Adentrando especificamente o tema do serviço público de saneamento básico, o STF entendeu que, inobstante “a competência municipal do poder concedente do

<sup>19</sup> ADI 1841/RJ, Rel. Min. Carlos Velloso, DJ 20.9.2002; ADI 796/ES, Rel. Min. Néri da Silveira, DJ 17.12.1999.

<sup>20</sup> ALVES, Alaôr Caffé. Regiões Metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões: novas dimensões constitucionais da organização do Estado brasileiro. *Revista de Direito Ambiental*. São Paulo, ano 6, n. 21, p. 73. 2001.

serviço público de saneamento básico, o alto custo e o monopólio natural do serviço, além da existência de várias etapas – como captação, tratamento, adução, reserva, distribuição de água e o recolhimento, condução e disposição final de esgoto – que comumente ultrapassam os limites territoriais de um município, indicam a existência de interesse comum do serviço de saneamento básico”. A Corte ressaltou que a integração municipal do referido serviço pode ocorrer por ato voluntário ou compulsoriamente, nos termos da lei complementar.

Diante destas considerações, o STF proclamou a inconstitucionalidade da transferência ao Estado-membro do poder concedente de funções e serviços públicos de interesse comum. Conforme definido no acórdão, a lei que institui a região metropolitana não pode significar simplesmente a transferência de competências para o estado. O parâmetro utilizado para aferir a constitucionalidade da norma “reside no respeito à divisão de responsabilidades entre municípios e estado”, sendo necessário “evitar que o poder decisório e o poder concedente se concentrem nas mãos de um único ente para preservação do autogoverno e da autoadministração dos municípios”. Em matéria de saneamento básico, ficou decidido que o poder concedente e a titularidade do serviço pertencem ao colegiado formado pelos municípios e pelo estado federado, cuja participação não necessita ser paritária, mas deve prevenir a concentração do poder decisório em um único ente.

O resultado deste julgamento ocorreu no dia 6 de março de 2013. Quase dois anos depois foi promulgada a Lei nº 13.089, de 12 de janeiro de 2015, instituindo o denominado Estatuto da Metrópole, cujos dispositivos, por abordarem temas que se relacionam diretamente com a decisão proferida pelo STF, serão analisados na sequência.

## 2. O ESTATUTO DA METRÓPOLE

### 2.1 CONSIDERAÇÕES GERAIS

O Estatuto da Metrópole nasceu do Projeto de Lei nº 3.460/2004, de autoria do deputado Walter Feldman, cuja justificativa afirmava a necessidade de se regulamentar o “universo das unidades regionais, de características essencialmente urbanas”, dotando o País “de uma normatização que, de forma dinâmica e continuada, uniformize, articule e organize a ação dos entes federativos naqueles territórios em que funções de interesse comum tenham de ser necessariamente compartilhadas”.<sup>21</sup>

Afirmava-se, ainda, que os debates em torno da gestão metropolitana não se limitavam apenas às questões institucionais e de gestão, mas também “questões de isolamento municipalista, dificuldade em compartilhar interesses comuns, não integração intergovernamental, ausência de planos e projetos regionais gerais e setoriais, falta de recursos financeiros em todos os níveis de governo para as escalas intergovernamentais, ausência de capacitação técnica e material nos Municípios e órgãos regionais de

---

<sup>21</sup> Disponível em: [https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=215215&file\\_name=PL+3460/2004](https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=215215&file_name=PL+3460/2004), acesso em 12.5.2020.

planejamento e, ainda, falta de vontade política de tratamento das escalas de integração intergovernamental”.<sup>22</sup>

Inegavelmente, a instituição de regiões metropolitanas e aglomerações urbanas expõe uma série de dificuldades estruturais, culturais e institucionais da realidade nacional. O próprio tempo de tramitação do Projeto de Lei – mais de dez anos – parece corroborar a dificuldade de enfrentamento do tema. De todo modo, a tentativa de preencher o vácuo normativo, que criava e potencializava os principais problemas da gestão metropolitana, acabou sendo bem sucedida, e finalmente a Lei nº 13.089, de 12 de janeiro de 2015 foi promulgada.

O objeto do Estatuto da Metrópole é (i) o estabelecimento de diretrizes gerais para o planejamento, gestão e execução das funções públicas de interesse comum em regiões metropolitanas e em aglomerações urbanas instituídas pelos Estados; (ii) a edição de normas gerais sobre o plano de desenvolvimento urbano integrado e outros instrumentos de governança interfederativa; e (iii) a estruturação de critérios para o apoio da União a ações que envolvam governança interfederativa no campo do desenvolvimento urbano<sup>23</sup>.

Importante destacar que o serviço público de saneamento básico se insere no escopo do Estatuto da Metrópole, estando subsumido na noção de “função pública de interesse comum”, cujo conceito fornecido pela norma é “a política pública ou ação nela inserida cuja realização por parte de um Município, isoladamente, seja inviável ou cause impacto em Municípios limítrofes”<sup>24</sup>.

Outro conceito relevante para o tema do serviço de saneamento básico fornecido pelo Estatuto da Metrópole é o de *governança interfederativa das funções públicas de interesse comum*, sendo este o “compartilhamento de responsabilidades e ações entre entes da Federação em termos de organização, planejamento e execução de funções públicas de interesse comum, mediante a execução de um sistema integrado e articulado de planejamento, de projetos, de estruturação financeira, de implantação, de operação e de gestão”.<sup>25</sup>

Com o intuito de uniformizar o conteúdo das leis complementares estaduais instituidoras de regiões metropolitanas e aglomerações urbanas, o Estatuto da Metrópole estabelece que as referidas leis devem definir, no mínimo, os Municípios que integram a unidade territorial urbana<sup>26</sup>, os campos funcionais ou funções públicas de interesse comum que justificam a instituição da unidade territorial urbana<sup>27</sup>, a conformação da estrutura de governança interfederativa, incluindo a organização administrativa e o sistema integrado de alocação de recursos e de prestação de contas<sup>28</sup> e os meios de controle social da organização, do planejamento e da execução de funções públicas de interesse comum<sup>29</sup>.

---

<sup>22</sup> Id.

<sup>23</sup> Art. 1º.

<sup>24</sup> Art. 2º, inc. II.

<sup>25</sup> Art. 2º, inc. IX.

<sup>26</sup> Art. 5º, inc. I.

<sup>27</sup> Art. 5º, inc. II.

<sup>28</sup> Art. 5º, inc. III.

<sup>29</sup> Art. 5º, inc. IV.

Importante observar que, da conjugação das regras constantes do art. 3º, §2º, segundo a qual a criação de região metropolitana, aglomeração urbana ou microrregião deve ser precedida de estudos técnicos e audiências públicas que envolvam todos os Municípios pertencentes à unidade territorial, e do art. 5º, §1º, que determina que, no processo de elaboração da lei complementar, deverão ser explicitados os critérios técnicos adotados para a definição do conteúdo previsto nos incisos I e II, a reunião institucionalizada de Municípios e a atração de funções públicas para o interesse comum devem, necessariamente, estar respaldadas em elementos científicos, não podendo decorrer de vontade política inopinada do Estado.

Dito de outro modo, se por um lado a lei complementar estadual pode impor aos Municípios a participação em unidades regionais, por outro lado não é permitido ao Estado promover tal medida sem estudos técnicos que justifiquem a medida e sem a realização de audiências públicas que permitam às partes interessadas se manifestarem. Observa-se aqui um aspecto que busca a manutenção do equilíbrio federativo: os Municípios somente perderão uma posição de exclusividade política com relação a determinados assuntos (de interesse local) se, e somente se (i) existirem motivos reais que justifiquem a sua integração àquelas unidades regionais e se (ii) for oportunizada a audiência dos interessados.

O Estatuto da Metrópole veicula uma série de instrumentos que poderão ser utilizados para o desenvolvimento urbano integrado de regiões metropolitanas e de aglomerações urbanas, sendo eles: plano de desenvolvimento urbano integrado, planos setoriais interfederativos, fundos públicos, operações urbanas consorciadas interfederativas, zonas para aplicação compartilhada dos instrumentos urbanísticos<sup>30</sup>, consórcios públicos, convênios de cooperação, contratos de gestão, compensação por serviços ambientais ou outros serviços prestados pelo Município à unidade territorial urbana e parcerias público-privadas interfederativas<sup>31</sup>.

Finalmente, é importante ressaltar que o Estatuto da Metrópole disciplina o apoio da União ao Desenvolvimento Urbano Integrado, valendo destacar que a ela cabe apoiar “as iniciativas dos Estados e dos Municípios voltadas à governança interfederativa” e promover “a instituição de um sistema nacional de informações urbanas e metropolitanas”<sup>32</sup>.

## 2.2 A GOVERNANÇA INTERFEDERATIVA DE REGIÕES METROPOLITANAS E DE AGLOMERAÇÕES URBANAS

O Estatuto da Metrópole se ocupou com a disciplina da governança interfederativa, tema de grande relevância para a análise da prestação do serviço de saneamento básico em regiões metropolitanas e aglomerações urbanas.

O disciplinamento da governança interfederativa não é uma novidade no ordenamento jurídico pátrio<sup>33</sup>. O que o Estatuto da Metrópole apresenta é o tratamento

<sup>30</sup> Previstos na Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001.

<sup>31</sup> Art. 9º.

<sup>32</sup> Arts. 13 e 16-A.

<sup>33</sup> O art. 241 da Constituição dispõe sobre a governança interfederativa ao prever que a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios “disciplinarão por meio de lei os consórcios públicos e os convênios de cooperação entre os entes federados, autorizando a gestão associada de serviços públicos, bem como a transferência total ou parcial de encargos, serviços, pessoal e bens essenciais à continuidade

minucioso dedicado ao tema, o que se justifica em virtude do fato de que a governança interfederativa representa uma engrenagem fundamental para que os entes federativos possam materializar a própria razão de ser das regiões metropolitanas e aglomerações urbanas: integrar a organização, o planejamento e a execução de funções públicas de interesse comum.

Ciente de que a instituição de unidades regionais repercute em aspectos sensíveis dos entes federativos envolvidos, o Estatuto da Metrópole buscou conferir a devida concretude ao tema da governança interfederativa, estabelecendo regras de coordenação da interface entre os protagonistas desse arranjo. Assim é que, além de fornecer o conceito dos institutos da governança interfederativa<sup>34</sup> e da governança interfederativa das funções públicas de interesse comum<sup>35</sup>, o Estatuto da Metrópole estabeleceu os princípios, as diretrizes específicas e gerais da governança interfederativa e definiu a estrutura básica de governança de regiões metropolitanas e de aglomerações urbanas.

A normatização dos princípios que irão presidir as relações ínsitas à governança interfederativa de regiões metropolitanas é medida que se revela deveras salutar, pois eles contribuirão para a interpretação e aplicação concreta da governança e de seus instrumentos. São eles: (i) a prevalência do interesse comum sobre o local; (ii) o compartilhamento de responsabilidades e de gestão para a promoção do desenvolvimento urbano integrado; (iii) a autonomia dos entes da Federação; (iv) a observância das peculiaridades regionais e locais; (v) a gestão democrática da cidade; (vi) a efetividade no uso dos recursos públicos; (vii) e a busca do desenvolvimento sustentável<sup>36</sup>. É importante observar que os referidos princípios retratam os aspectos mais marcantes do julgamento da ADI nº 1.842.

A governança interfederativa das regiões metropolitanas e das aglomerações urbanas deve observar diretrizes específicas<sup>37</sup>, envolvendo a implantação de processo permanente e compartilhado de planejamento e de tomada de decisão quanto ao desenvolvimento urbano e às políticas setoriais afetas às funções públicas de interesse comum e o estabelecimento de meios compartilhados de organização administrativa das funções públicas de interesse comum<sup>38</sup>.

A norma dispõe, ainda, sobre o estabelecimento de sistema integrado de alocação de recursos e de prestação de contas; a execução compartilhada das funções públicas de interesse comum, mediante rateio de custos previamente pactuado no âmbito da estrutura de governança interfederativa; a participação de representantes da sociedade civil nos processos de planejamento e de tomada de decisão; o compatibilização dos planos plurianuais, leis de diretrizes orçamentárias e orçamentos anuais dos entes

---

dos serviços transferidos". Outro exemplo de governança interfederativa é fornecido pelo Sistema Único de Saúde (SUS), o qual, segundo o art. 4º da Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, é o "conjunto de ações e serviços de saúde, prestados por órgãos e instituições públicas federais, estaduais e municipais, da Administração direta e indireta e das fundações mantidas pelo Poder Público, constitui o Sistema Único de Saúde (SUS)."

<sup>34</sup> Art. 2º, incs. IV e IX.

<sup>35</sup> Art. 2º, incs. IV e IX.

<sup>36</sup> Art. 6º, incs. I a VII.

<sup>37</sup> Além das diretrizes específicas, a governança interfederativa das regiões metropolitanas e das aglomerações urbanas deve observar as diretrizes gerais estabelecidas no Estatuto da Cidade, as quais se relacionam mais especificamente com a política urbana e seu objetivo de ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e da propriedade urbana.

<sup>38</sup> Art. 7º, incs. I e II.

envolvidos na governança interfederativa; e a compensação por serviços ambientais ou outros serviços prestados pelo Município à unidade territorial urbana<sup>39</sup>.

A Lei nº 13.683, de 19 de junho de 2018 acrescentou ao Estatuto da Metrópole o art. 7º-A, que traz importantes aspectos relacionados ao exercício da governança das funções públicas de interesse comum. Quer dizer, enquanto o art. 7º da lei trata das diretrizes específicas que *estruturam* a concepção de governança interfederativa, o art. 7º-A veicula as diretrizes gerais relativas ao *exercício* da governança das funções públicas de interesse comum, isto é, do “compartilhamento de responsabilidades e ações entre entes da Federação em termos de organização, planejamento e execução de funções públicas de interesse comum, mediante a execução de um sistema integrado e articulado de planejamento, de projetos, de estruturação financeira, de implantação, de operação e de gestão”<sup>40</sup>.

Assim, o Estado e os Municípios da unidade territorial deverão observar as seguintes diretrizes gerais: compartilhamento da tomada de decisões com vistas à implantação de processo relativo ao planejamento, à elaboração de projetos, à sua estruturação econômico-financeira, à operação e à gestão do serviço ou da atividade; e compartilhamento de responsabilidades na gestão de ações e projetos relacionados às funções públicas de interesse comum, os quais deverão ser executados mediante a articulação de órgãos e entidades dos entes federados.

Finalmente, o Estatuto da Metrópole dispõe sobre os requisitos mínimos estruturantes da governança interfederativa das regiões metropolitanas e das aglomerações urbanas. São eles: instância executiva composta pelos representantes do Poder Executivo dos entes federativos integrantes das unidades territoriais urbanas; instância colegiada deliberativa com representação da sociedade civil; organização pública com funções técnico-consultivas; e sistema integrado de alocação de recursos e de prestação de contas<sup>41</sup>.

Apresentado um panorama geral acerca do Estatuto da Metrópole, onde se enfatizou o tratamento legal conferido ao tema da governança interfederativa, e considerando que o referido diploma legal foi promulgado quase dois anos após a conclusão do julgamento da ADI nº 1.842, passa-se a investigar as repercussões com o advento daquela lei sobre as conclusões a que chegou o Plenário do STF neste julgamento.

### 3. O DEVER DE GOVERNANÇA: O QUE O ESTATUTO DA METRÓPOLE TRAZ DE NOVO PARA O CONTEXTO DA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO DE SANEAMENTO BÁSICO NAS REGIÕES METROPOLITANAS E AGLOMERAÇÕES URBANAS?

#### 3.1 O QUE É GOVERNANÇA E POR QUE ELA IMPORTA?

Como visto no capítulo 2, supra, o Estatuto da Metrópole aborda, de maneira detalhada, o tema da governança interfederativa, apresentando a sua definição legal, seus princípios, suas diretrizes específicas e gerais e a estrutura básica de governança de regiões metropolitanas e de aglomerações urbanas. O conjunto das ideias apresentadas

<sup>39</sup> Art. 7º, incs. III a VII.

<sup>40</sup> Conforme art. 2º, inc. IX.

<sup>41</sup> Art. 8º, incs. I a IV.

sinaliza que a governança representa a forma de exercício de poder com o intuito de atingir determinadas finalidades. No presente tópico, convém retornar ao tema para discutir e compreender a relevância do instituto da governança para as sociedades contemporâneas.

O tema da governança é pervasivo, tendo se tornado um tópico bastante popular nos dias de hoje. Questões como mudanças climáticas e a pandemia do coronavírus revelam a importância de uma governança global e transnacional bem estruturada. Os conflitos instaurados no contexto da Internet trazem para o debate a governança da Internet. Organizações internacionais, como a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) e o Fundo Monetário Internacional (FMI), promovem a chamada “boa governança”<sup>42</sup>. As empresas estão cada vez mais familiarizadas com a ideia de governança corporativa. E o tema do presente artigo aborda a relevância da governança interfederativa no contexto das Regiões Metropolitanas.

Mas, afinal, o que se entende por governança? Como destaca Daniel C. Esty, “governança significa diferentes coisas em diferentes contextos, mas o conceito geralmente se relaciona com a tomada de decisões em grupo para resolver problemas compartilhados”<sup>43</sup>. Fornecendo um conceito que realça a participação de atores públicos e privados na consecução de determinadas finalidades, Orly Lobel define governança como a “gama de atividades e funções e o exercício de controle por parte de atores públicos e privados na promoção de fins sociais, políticos e econômicos”<sup>44</sup>.

Por sua vez, Enrique Saravia, diferenciando do conceito de governabilidade, define governança como sendo o conjunto de instrumentos técnicos de gestão que asseguram a eficiência da ação pública, o que nos conduz à necessidade de reformular a administração mediante a elaboração de novas ferramentas gerenciais, jurídicas, financeiras e técnicas. Esse conceito não se confunde com o de governabilidade, que é a necessidade de dotar de condições adequadas o ambiente político em que se efetivam as ações da administração, o que requer legitimidade dos governos, credibilidade e imagem pública dos governantes e dos servidores públicos, além da redefinição das

---

<sup>42</sup> Scott Burris, Michael Kempa e Clifford Shearing ressaltam que governança não é sinônimo de boa governança. Segundo os autores, “[q]ualquer sistema contemporâneo de governança pode ser ineficiente, corrupto ou não-responsivo às necessidades dos governados. A governança pode ser “boa” em pelo menos dois sentidos: ela pode entregar bons resultados e funcionar por meio de processos e instituições que atendem a parâmetros amplamente aceitos de justiça e devido processo. Em um cenário ideal, a governança precisa ser boa em ambos os sentidos”. Boa governança não é apenas a governança que funciona de maneira eficaz e eficiente, mas a que “funciona a partir de a partir de processos justos e abertos com vistas ao atingimento tão somente de fins socialmente benéficos”. BURRIS, Scott; KEMPA, Michael. SHEARING, Clifford. **Changes in Governance: A Cross-Disciplinary Review of Current Scholarship**. Akron Law Review, [s. l.], v. 41, n. 1, p. 1–66, 2008. Disponível em: <http://search.ebscohost.com.sbxproxy.fgv.br/login.aspx?direct=true&db=edshol&AN=edshol.heinjournals.aklr41.4&lang=pt-br&site=eds-live>. Acesso em: 4 jul. 2020.

<sup>43</sup> DANIEL C. ESTY. **Good Governance at the Supranational Scale: Globalizing Administrative Law**. The Yale Law Journal, [s. l.], v. 115, n. 7, p. 1490, 2006. DOI 10.2307/20455663. Disponível em: <http://search.ebscohost.com.sbxproxy.fgv.br/login.aspx?direct=true&db=edsjsr&AN=edsjsr.10.2307.20455663&lang=pt-br&site=eds-live>. Acesso em: 4 jul. 2020.

<sup>44</sup> LOBEL, Orly. **The Renew Deal: The Fall of Regulation and the Rise of Governance in Contemporary Legal Thought**. Minnesota Law Review, [s. l.], v. 89, n. 2, p. 342–470, 2004. Disponível em: <http://search.ebscohost.com.sbxproxy.fgv.br/login.aspx?direct=true&db=edshol&AN=edshol.heinjournals.mnlr89.19&lang=pt-br&site=eds-live>. Acesso em: 4 jul. 2020.

funções do Estado, do seu padrão de intervenção econômica e social, de suas relações com a sociedade civil e o mercado e entre os poderes Executivo, Legislativo e Judiciário.

45

A menção a atores públicos na definição de governança é bastante relevante, uma vez que as discussões mais atuais acerca do tema se concentram nos processos e interações entre o Estado e a sociedade civil. Deveras, a reforma do setor público ocorrida nas décadas de 1980 e 1990 resultou em um maior engajamento de atores não-governamentais nas decisões coletivas, que passaram a ser emanadas não mais a partir de um Estado central, cuja atuação se baseava na lógica da hierarquia e controle, mas sim por meio de um modelo mais participativo e colaborativo onde atores públicos e privados compartilham responsabilidades com o objetivo de atingir finalidades socialmente desejadas.

Pertinentemente, Scott Burris, Michael Kempa e Clifford Shearing registram a superação do dogma segundo o qual o mundo coletivo seria dividido em duas esferas distintas: a esfera pública, que corresponderia ao reino da governança, e a esfera privada, que corresponderia ao reino dos governados. Não se pode mais afirmar que os Estados detêm o monopólio da governança<sup>46</sup>. A realidade demonstra que, além de compartilharem a governança com atores privados, os Estados, em cenários específicos, são governados por atores não-estatais, o que vem dando azo à ascensão do chamado “governo privado” (“private government”) nos sistemas de governança contemporâneos<sup>47</sup>.

A propósito, Shauhin Talesh afirma que “os modelos de governança concebem um mundo onde as fronteiras encontram-se em grande fluxo e estão sendo moldadas por atores públicos e privados, incluindo estados, organizações internacionais, associações profissionais, grupos de especialistas, grupos da sociedade civil e organizações de negócios”. É com base nesta percepção que o autor posiciona os modelos de governança entre os modelos regulatórios tradicionais de comando-e-controle (“top down command-and-control”) e a autorregulação promovida pelas indústrias.<sup>48</sup>

As complexas estruturas de governança podem ser, na linha da análise empreendida por Scott Burris, Michael Kempa e Clifford Shearing, reduzidas a três principais elementos, que são as instituições, os métodos de poder e as restrições sobre os governantes. A análise destes elementos permitirá recobrir os aspectos mais essenciais do tema da governança e que importam para o desenvolvimento das ideias do presente trabalho. As instituições são “os espaços organizacionais onde os recursos de governança são reunidos e mobilizados”<sup>49</sup>.

Ditos espaços são os mais variados possíveis: Estados, partidos políticos, empresas, ONG’s, fundações etc. Os Estados permanecem sendo importantes em diversas esferas. Muitos deles se valem da disseminação de mecanismos de governança para manter e até aumentar a sua capacidade de exercer influência sobre variadas questões do cotidiano. Lembre-se, a propósito, que somente o Estado pode, licitamente, recorrer

<sup>45</sup> SARAVIA, Enrique J. Governança social no Brasil contemporâneo. *Revista Governança Social* – IGS, ano 3, edição 7, Belo Horizonte, dez.2009 a mar. 2010. p. 22-23.

<sup>46</sup> BURRIS, Scott *et al.* Op. cit., p. 3-4.

<sup>47</sup> *Ibid.*, p. 17-18.

<sup>48</sup> TALESH, Shauhin. Public law and regulatory theory. In ANSELL, Christopher; TORFING, Jacob (eds). *Handbook on Theories of Governance*. Cheltenham: Edward Elgar, 2017. p. 104.

<sup>49</sup> BURRIS, Scott *et al.* Op. cit., p. 9-10.

ao uso da força, ferramenta esta que permanece sendo empregada pelo Estado nos processos de governança.<sup>50</sup>

Mas as práticas e relações de governança acabam por realçar a importância e o contínuo envolvimento de atores não-estatais na construção das decisões coletivas, seja a nível local, nacional e internacional. A governança pressupõe a fragmentação dos Estados contemporâneos e que as instituições representativas constituem apenas uma pequena parcela de um processo político mais amplo, onde diversos atores sem mandato negociam, formulam e implementam políticas em consonância com os seus próprios interesses<sup>51</sup>.

O segundo elemento a ser abordado são os métodos de poder, que compreendem as “ferramentas que os governantes utilizam para projetar poder e influência em direção a outros governantes e indivíduos no sistema”<sup>52</sup>. Para Jacques Chevallier, os métodos de governança vêm se revelando essenciais “para responder à crise de governabilidade que conhecem as sociedades contemporâneas”. Proveniente “de uma abordagem pluralista e interativa da ação coletiva”, a governança busca alcançar, “pela virtude da troca, compromissos aceitáveis, levando em consideração a complexidade dos problemas e a existência de poderes múltiplos”.

O autor segue aduzindo que esse novo estilo de ação repousa “mais sobre a cooperação dos atores do que sobre a unilateralidade”. Invocando Philip Schmitter, o autor afirma que a governança “se caracteriza por formas horizontais de interação entre atores que possuem interesses contraditórios, mas que são suficientemente independentes uns dos outros para que nenhum deles possa impor uma solução por si só, sendo suficientemente interdependentes para que eles sejam todos perdedores se nenhuma solução for encontrada”<sup>53</sup>.

Tudo isso evidencia que a governança importa em uma inflexão das formas tradicionais do exercício da autoridade, por vezes pautadas em relações verticais, centralizadas, unilaterais e até autoritárias. Sobre esta mudança de abordagem, Shauhin Talesh assinala que enquanto a regulação tradicional e as técnicas tradicionais de comando-e-controle formam um quadro político muito limitado e incompleto para o atingimento de objetivos sociais, os modelos de governança “utilizam uma série de novas ferramentas tais como o diálogo não-adversarial e a aprendizagem organizacional” que podem conduzir ao desenvolvimento de diversos instrumentos de *soft law*<sup>54</sup>.

Finalmente, as restrições sobre os governantes correspondem às limitações à liberdade de ação dos governantes, que podem assumir a forma de leis, normas sociais,

---

<sup>50</sup> Ibid., p. 18.

<sup>51</sup> BEVIR, Mark. **Democratic governance**. [recurso eletrônico]. [s. l.]: Princeton University Press, 2010. ISBN 9781400836857. Disponível em: <http://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=cab08036a&AN=sbfgv.000116387&lang=pt-br&site=eds-live>. Acesso em: 4 jul. 2020.

<sup>52</sup> BURRIS, Scott *et al.* Op. cit., p. 9-10 e 38.

<sup>53</sup> CHEVALLIER, Jacques. A governança e o direito. **Revista de Direito Público da Economia - RDPE**, Belo Horizonte, ano 3, n. 12, p. 129-146, out./dez. 2005. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=33300>>. Acesso em: 6 jun. 2020.

<sup>54</sup> TALESH, Shauhin. Op. cit., p. 104-105. O termo “soft law” refere-se a normas cujo descumprimento não leva a sanções jurídicas. Possuem feição de recomendações e incentivam a adoção de comportamentos desejados. Sobre o tema, o autor destaca: “Hard laws` and directives coming with the coercive backing of the state decline as states move toward a broader conception that establishes legally non-binding “soft” rules such standards and guidelines (Djelic and Sahlin-Andersson 2006). This transformation from hard to soft rules led constitutional law, administrative law, jurisprudence and political Science scholars across the world to focus less on government and more on ‘governance’.”

condições econômicas, dentre outras. Segundo afirmam Scott Burris, Michael Kempa e Clifford Shearing, “[a]s instituições e os métodos de poder são distribuídos em todo o espaço social e operam como parte de um processo adaptativo das pessoas ao seu ambiente social e físico”, sendo justamente sobre este sistema que as referidas limitações incidem<sup>55</sup>.

Não são apenas as leis que limitam os comportamentos. Por exemplo, no contexto da governança corporativa, as decisões tomadas por acionistas, diretores, gerentes e outros *stakeholders* não se baseiam, unicamente, no estrito cumprimento das leis em vigor. As normas sociais exercem significativa influência sobre o comportamento daqueles personagens, que também agem movidos com base em convicções pessoais e valores básicos inerentes à sua própria comunidade<sup>56</sup>.

Tudo o quanto se aduziu acerca da governança permite relacionar alguns motivos que a tornam tão adequada para o contexto das entidades federativas reunidas em regiões metropolitanas e aglomerações urbanas: a governança (i) não se coaduna com a figura de uma autoridade suprema; (ii) reconhece e valoriza todos os integrantes do sistema; (iii) suas ferramentas possibilitam um melhor encaixe das múltiplas autonomias que atuam concomitantemente; (iv) estimula o diálogo e um maior envolvimento de todas as partes interessadas; (v) põe em evidência a complexidade dos problemas que carecem de enfrentamento; e (vi) viabiliza a construção de soluções consensuais mais eficazes, porquanto mais aderentes à realidade.

### 3.2 GOVERNANÇA, FEDERALISMO COOPERATIVO E SANEAMENTO BÁSICO NAS REGIÕES METROPOLITANAS E AGLOMERAÇÕES URBANAS

A abordagem da governança e, mais especificamente, da governança interfederativa remete a um tema de superlativa importância para o Estado federal brasileiro, com o qual mantém íntima relação: o federalismo cooperativo, que, como indica o próprio nome, pressupõe que os entes federativos cooperem entre si.

Conforme leciona Manoel Gonçalves Ferreira Filho, a repartição de competências entre os entes federativos constitui aspecto fundamental na organização de um Estado federal, sendo apontadas duas técnicas para promover tal repartição: “Uma, mais antiga, peculiar ao chamado “federalismo dualista”, caracterizada como “repartição horizontal”; outra, própria do “federalismo cooperativo”, dita “repartição vertical” de competências”<sup>57</sup>.

Segundo o autor, a técnica da repartição vertical de competências busca “dividir uma mesma “matéria”, em diferentes níveis, entre diversos entes federativos. (...) Fala-se neste caso em competência concorrente (ou comum), pois relativamente a uma só e

<sup>55</sup> Op. cit., p. 39.

<sup>56</sup> BOYTSUN, Andriy; DELOOF, Marc; MATTHYSSENS, Paul. **Social norms, social cohesion, and corporate governance**. [s. l.], 2010. DOI 10.1111/j.1467-8683.2010.00829.x. Disponível em: <http://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=edsgso&AN=edsgso.26267&lang=pt-br&site=edslive>. Acesso em: 13 jun 2020.

<sup>57</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Aspectos do direito constitucional contemporâneo**. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 165. O autor ressalta que, “mesmo no federalismo cooperativo, não são todas as matérias que sofrem a repartição de tipo vertical; persistem, sempre, matérias reservadas, ou privativas, de determinado ente federativo, seja a União (principalmente), sejam os Estados-membros”, sendo exatamente isso o que ocorre com a Constituição Federal, que ora adota a técnica da repartição vertical, ora a técnica da repartição horizontal.

mesma matéria concorre a competência de mais de um ente político. Isto é, ela fica em comum a diversos entes federativos (embora não necessariamente em pé de igualdade)<sup>58</sup>.

A justificativa para o federalismo cooperativo, conforme Gilberto Bercovici, reside no fato de que “as esferas subnacionais não têm mais como analisar e decidir, originariamente, sobre inúmeros setores da atuação estatal, que necessitam de um tratamento uniforme em escala nacional. Isto ocorre principalmente com os setores econômico e social, que exigem uma unidade de planejamento e direção”.<sup>59</sup>

Considerando a inexistência de hierarquia entre os diferentes entes federativos – cuja autonomia somente é limitada pela Constituição Federal –, a técnica da repartição vertical de competências conduz, forçosamente, a uma atuação coordenada desses entes, que passam, assim, a colaborar reciprocamente, o que justifica associar a referida técnica ao chamado federalismo cooperativo.<sup>60</sup>

Aqui cabe aduzir o disposto no art. 23 da Constituição Federal, o qual fornece típico exemplo do federalismo cooperativo. O dispositivo relaciona diversas matérias de natureza político-administrativa que são de competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios<sup>61</sup>, os quais devem colaborar uns com os outros a fim de atenderem as demandas que lhes são impostas. Segundo Gilberto Bercovici, “não existindo supremacia de nenhuma das esferas na execução destas tarefas, as responsabilidades também são comuns, não podendo nenhum dos entes da Federação se eximir de implementá-las, pois o custo político recai sobre todas as esferas de governo. A cooperação parte do pressuposto da estreita interdependência que existe em inúmeras matérias e programas de interesse comum, o que dificulta (quando não impede) a sua atribuição exclusiva ou preponderante a um determinado ente”.<sup>62</sup>

A menção ao art. 23 se revela oportuna, pois a regra permite conectar o federalismo cooperativo ao tema do saneamento básico, segundo seu inciso IX, os todos os entes federativos devem promover a melhoria das condições de saneamento básico<sup>63</sup>. Luís Roberto Barroso, nesse sentido, assevera que a regra “não se refere à titularidade do serviço, mas à possibilidade de uma ação de quaisquer dos entes estatais visando ao melhor resultado na matéria. A finalidade constitucional é a cooperação produtiva entre eles, e não, evidentemente, uma superposição inútil e dispendiosa”<sup>64</sup>. Assim,

---

<sup>58</sup> Ibid., p. 166.

<sup>59</sup> BERCOVICI, Gilberto. **Formação e evolução do federalismo no Brasil**. In MARTINS, Ives Gandra da Silva. MENDES, Gilmar Ferreira. TAVARES, André Ramos (coord.). **Lições de direito constitucional: em homenagem ao jurista Celso Bastos**. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 730.

<sup>60</sup> Ibid., p. 167.

<sup>61</sup> O parágrafo único do dispositivo dispõe que lei complementar fixará as normas para a cooperação entre os referidos entes federativos, tendo em vista o equilíbrio do desenvolvimento e do bem-estar em âmbito nacional, o que demonstra “que a competência comum é modalidade da competência de cooperação, integrada no federalismo cooperativo”. HORTA, Raul Machado. Tendências atuais da federação brasileira. In CLÉVE, Clèmerson Merlin, BARROSO, Luís Roberto (Org.). **Direito constitucional: organização do Estado**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. (Coleção doutrinas essenciais; v. 3). p. 240/241

<sup>62</sup> BERCOVICI, Gilberto. Op cit., p. 732.

<sup>63</sup> “Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios: (...) IX - promover programas de construção de moradias e a melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico”.

<sup>64</sup> BARROSO, Luís Roberto. Saneamento básico: competências constitucionais da União, Estados e Municípios. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 11, agosto/setembro/outubro, 2007. Disponível na Internet: <http://www.direitodoestado.com.br/>, acesso em 13.06.2020.

especificamente com relação ao tema do saneamento básico, a Constituição Federal estabelece um dever de *cooperação produtiva* entre os entes federativos a fim de se obter a melhoria de suas condições.

Além de se relacionar com o tema da prestação do serviço público de saneamento básico, o federalismo cooperativo também pode ser conectado com as regiões metropolitanas, as quais, conforme assinala Raul Machado Horta, são vistas “como instrumento de convergência das relações intragovernamentais, ao nível da União, dos Estados e dos municípios, figurando nesse contexto como a peça mais nova da fecunda experiência brasileira do federalismo cooperativo”.<sup>65</sup>

Portanto, o federalismo cooperativo, para além de se relacionar com o tema da governança interfederativa, fornece sólida justificativa constitucional para a cooperação entre os entes federativos reunidos em região metropolitana e aglomerações urbanas com vistas à melhoria das condições de saneamento básico no espaço territorial que as compõe.

### 3.3 A PRESTAÇÃO DO SERVIÇO DE SANEAMENTO BÁSICO À LUZ DO ESTATUTO DA METRÓPOLE

À luz de tudo o quanto se aduziu pode-se enfim avaliar as repercussões objetivas que o Estatuto da Metrópole produz sobre a prestação de serviços públicos nas regiões metropolitanas e aglomerações urbanas, mais especificamente sobre o serviço de saneamento básico nessas unidades regionais, considerando os balizamentos definidos pelo Plenário do STF no julgamento da ADI nº 1.842.

O Estatuto da Metrópole estruturou, de maneira clara e objetiva, alguns aspectos centrais da decisão proferida pelo STF. Mais do que isso, a lei positivou regramentos que proporcionam racionalidade e transparência aos processos de criação e funcionamento das regiões metropolitanas e aglomerações urbanas. Aqui parece adequado pôr em destaque dois aspectos da decisão proferida na ADI nº 1.842 que foram objeto de tratamento pelo legislador.

O primeiro aspecto relaciona-se com a reiteração do entendimento de que é constitucional impor aos Municípios, por meio de lei complementar, a participação em regiões metropolitanas<sup>66</sup>. Sobre o tema, viu-se no subtópico 2.1, supra, que o Estatuto da Metrópole estabeleceu um importante contraponto à essa integração forçada: a criação de regiões metropolitanas fica condicionada (i) à apresentação de estudos técnicos e (ii) à realização de audiências públicas envolvendo todos os Municípios por ela atingidos.

Este ponto da lei revela-se especialmente importante para o contexto do serviço de saneamento básico nas regiões metropolitanas e aglomerações urbanas, na medida em que os estudos técnicos exigidos pelo Estatuto da Metrópole deverão realizar um diagnóstico sobre o serviço em questão na área abrangida e, a partir desta avaliação, demonstrar que, no caso concreto, as peculiaridades identificadas levam o serviço em questão a ser considerado de interesse comum. De igual modo, as audiências públicas

<sup>65</sup> HORTA, Raul Machado. Regiões metropolitanas e direito constitucional brasileiro. In CLÈVE, Clèmerson Merlin, BARROSO, Luís Roberto (Org.). **Direito constitucional: organização do Estado**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. (Coleção doutrinas essenciais; v. 3), p. 643.

<sup>66</sup> Conforme subtópico 1.3, supra.

também exigidas pela norma possibilitarão a oitiva de personagens especialmente interessados no serviço, que poderão agregar informações importantes ao processo de criação das regiões metropolitanas.

Além disso, viu-se que o Estatuto da Metrópole estabeleceu critérios mínimos a serem previstos na lei criadora da Região Metropolitana, que deverá definir (i) os Municípios que a integram, (ii) os campos funcionais ou funções públicas de interesse comum que justificam a sua instituição, (iii) a conformação da estrutura de governança interfederativa e (iv) os meios de controle social da organização, do planejamento e da execução de funções públicas de interesse comum<sup>67</sup>. Esse conjunto de exigências vincula o legislador ao cumprimento de uma série de medidas preliminares que conferirão objetividade, racionalidade e efetividade à lei estadual, além de dotar a sociedade de mecanismos de controle.

O outro aspecto da decisão proferida na ADI nº 1.842 que merece ser abordado diz respeito à conclusão de que a instituição de região metropolitana não pode significar a transferência ao Estado-membro do poder concedente de funções e serviços públicos de interesse comum. Antes, o poder concedente e a titularidade do serviço pertencem ao colegiado formado pelos municípios e pelo estado federado, cuja participação não precisa ser paritária, mas deve prevenir a concentração do poder decisório em um único ente.

Como demonstrado no subtópico 2.2, supra, o Estatuto da Metrópole conferiu tratamento bastante minucioso ao tema da governança. Partindo da premissa de que a instituição de região metropolitana não acarreta a transferência de competências de um ente para outro, mas sim o *compartilhamento de atribuições*, a lei estruturou um sistema de governança interfederativa que visa conferir aos entes integrantes de regiões metropolitanas e aglomerações urbanas um ambiente propício à ação colaborativa entre eles com relação à organização, planejamento e execução de funções públicas de interesse comum, estando aí inserido o serviço de saneamento básico.

A governança é caracterizada por relações horizontais entre personagens que muitas vezes sustentam pontos de vista divergentes, sendo estes personagens, a um só tempo, independentes (nenhum pode constranger o outro a adotar determinado comportamento) e interdependentes (todos sairão perdendo se nenhuma solução for encontrada). Esses aspectos da governança justificam o fato de que o Estatuto da Metrópole, ao tratar da governança interfederativa, emprega um viés muito mais principiológico e programático.

Inobstante, observa-se que algumas regras do Estatuto da Metrópole relacionadas com o tema da governança interfederativa procuram vincular, de maneira mais objetiva, os entes federativos a certos comportamentos específicos. Isso parece refletir uma forte preocupação do legislador em tornar a governança uma realidade no cotidiano dos entes federativos integrados em regiões metropolitanas.<sup>68</sup>

---

<sup>67</sup> Art. 5º do Estatuto da Metrópole.

<sup>68</sup> A própria governança preocupa-se especialmente com a eficácia da ação pública, conforme destaca Jacques Chevallier: "Nos fundamentos da governança, há a preocupação da eficácia da ação pública (a qual, atualmente, é erigida a imperativo categórico). A gestão pública não é mais dotada de uma legitimidade de princípio, é preciso ainda que os gestores aportem a demonstração concreta da adequação das ações empregadas, da qualidade da 'performance pública'. A governança e o direito. **Revista de Direito Público da Economia - RDPE**, Belo Horizonte, ano 3, n. 12, p. 129-146, out./dez. 2005.

Exemplos dessas regras podem ser extraídos do art. 3º, § 1º, que impõe expressamente ao Estado e aos Municípios inseridos em Região Metropolitana o *dever de promover a governança interfederativa*. Outro exemplo extrai-se do art. 8º, que estabelece os componentes que necessariamente deverão integrar a estrutura básica da governança interfederativa das regiões metropolitanas e aglomerações urbanas, estrutura esta que, dado o seu caráter plural e democrático, inegavelmente irá favorecer a *cooperação* entre os entes que as integram.

O Estatuto da MetrÓpole disciplinou institutos e ferramentas que, ao menos em tese, revelam-se adequados às finalidades previstas na norma. Mas para que a lei produza mudanças concretas no contexto do saneamento básico no país, é necessário que os entes federativos integrados em regiões metropolitanas e aglomerações urbanas aca-tem o dever de governança, cooperando uns com os outros na busca por consensos que ofereçam soluções aos complexos desafios que o país tem pela frente.

## CONCLUSÃO

A decisão proferida pelo STF na ADI nº 1.842 pacificou as discussões envolvendo a competência para prestar o serviço de saneamento básico. Mediante lei complementar, os Municípios podem ser vinculados a regiões metropolitanas, microrregiões e aglomerações urbanas, o que não resulta em qualquer limitação à sua autonomia, na medida em que, se por um lado deixam de ter plena e exclusiva atuação sobre a prestação do serviço em questão, por outro lado ganham nova responsabilidade, agora de caráter regional, sendo obrigatória a sua participação no colegiado que passa a titularizar o poder concedente e o serviço.

Essa configuração definida pelo STF coloca Estado-membro e Municípios na contingência de estabelecer um diálogo colaborativo e construtivo, que leve a soluções para os graves problemas de saneamento básico no país no território das unidades regionais. Uma relação que reconhece e respeita as diferentes autonomias pode se revelar desafiadora para os entes acostumados a relações mais verticalizadas e centralizadoras.

Nesse sentido, o Estatuto da MetrÓpole disciplinou a *governança interfederativa das funções públicas de interesse comum*, cujos princípios, diretrizes e estruturas viabilizam um melhor encaixe das autonomias que caracterizam os entes federativos, os quais, justamente em razão desta característica, se relacionam no mesmo plano (relação horizontal), o que exige delas diálogo permanente e cooperação recíproca.

O federalismo cooperativo fornece respaldo constitucional para a cooperação entre os entes federativos reunidos em região metropolitana e aglomerações urbanas com vistas ao bom desempenho das tarefas constitucionais, mormente no que tange à melhoria das condições de saneamento básico nessas unidades regionais.

O Estatuto da MetrÓpole positivou a estrutura e os instrumentos de governança interfederativa que podem estimular a cooperação entre os entes federativos reunidos em unidades regionais com vistas à organização, planejamento e execução do serviço de saneamento básico no território que as compõem. Somente a partir da ação

---

Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=33300>>. Acesso em: 6 jun. 2020.

integrada e estruturada por parte desses entes é que será possível alcançar resultados concretos em uma área tão sensível para os brasileiros.

## REFERÊNCIAS

ALVES, Alaôr Caffé. Regiões Metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões: novas dimensões constitucionais da organização do Estado brasileiro. **Revista de Direito Ambiental**. São Paulo, ano 6, n. 21. 2001.

BARROSO, Luís Roberto. Saneamento básico: competências constitucionais da União, Estados e Municípios. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 11, agosto/setembro/outubro, 2007.

BERCOVICI, Gilberto. Formação e evolução do federalismo no Brasil. In MARTINS, Ives Gandra da Silva. MENDES, Gilmar Ferreira. TAVARES, André Ramos (coord.). **Lições de direito constitucional**: em homenagem ao jurista Celso Bastos. São Paulo: Saraiva, 2005.

BEVIR, Mark. **Democratic governance**. [recurso eletrônico]. [s. l.]: Princeton University Press, 2010. ISBN 9781400836857. Disponível em: <http://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=cat08036a&AN=sbfgv.000116387&lang=pt-br&site=eds-live>. Acesso em: 4 jul. 2020.

BOYTSUN, Andriy; DELOOF, Marc; MATTHYSSENS, Paul. **Social norms, social cohesion, and corporate governance**. [s. l.], 2010. DOI 10.1111/j.1467-8683.2010.00829.x. Disponível em: <http://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=edsgso&AN=edsgso.26267&lang=pt-br&site=eds-live>. BURRIS, Scott.

CHEVALLIER, Jacques. A governança e o direito. **Revista de Direito Público da Economia - RDPE**, Belo Horizonte, ano 3, n. 12, p. 129-146, out./dez. 2005. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=33300>>

ESTY, Daniel C. Good Governance at the Supranational Scale: Globalizing Administrative Law. **The Yale Law Journal**, [s. l.], v. 115, n. 7, p. 1490, 2006. DOI 10.2307/20455663. Disponível em: <http://search.ebscohost.com.sbxproxy.fgv.br/login.aspx?direct=true&db=edsjsr&AN=edsjsr.10.2307.20455663&lang=pt-br&site=eds-live>. Acesso em: 4 jul. 2020.

FERRAZ, Sérgio. As Regiões Metropolitanas no Direito Brasileiro, **Revista de Direito Público**, nº 37/38.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Aspectos do direito constitucional contemporâneo**. São Paulo: Saraiva, 2003.

HORTA, Raul Machado. Regiões metropolitanas e direito constitucional brasileiro. In CLÈVE, Clèmerson Merlin, BARROSO, Luís Roberto (Org.). **Direito constitucional: organização do Estado**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. (Coleção doutrinas essenciais; v. 3).

\_\_\_\_\_. Tendências atuais da federação brasileira. In CLÈVE, Clèmerson Merlin, BARROSO, Luís Roberto (Org.). **Direito constitucional: organização do Estado**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. (Coleção doutrinas essenciais; v. 3).

LAHOZ, Rodrigo Augusto Lazzari; DUARTEP, Francisco Carlos Duarte. A universalização do serviço de saneamento básico e a efetividade do direito fundamental à saúde. **Nomos. Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC**, v. 35 n. 1 (2015): jan./jun. 2015, p. 336.

LOBEL, Orly. The Renew Deal: The Fall of Regulation and the Rise of Governance in Contemporary Legal Thought, 89 **Minn. L. Rev.** 342 (2004).

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito municipal brasileiro**. v. I, 7ª. ed. São Paulo: Malheiros, 1994.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Mutações do direito administrativo**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

SARAVIA, Enrique J. Governança social no Brasil contemporâneo. **Revista Governança Social – IGS**. ano 3, edição 7, Belo Horizonte, dez.2009 a mar. 2010.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Desestatização, Privatizações, Concessões e Terceirizações**. 4ª. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Jures, 2001.

TÁCITO, Caio. Parecer Saneamento Básico – Região Metropolitana – Competência Estadual, **Revista de Direito Administrativo**, nº 213, jul./set., 1998.

TALESH, Shauhin. Public law and regulatory theory. In ANSELL, Christopher; TORFING, Jacob (eds). **Handbook on Theories of Governance**. Cheltenham: Edward Elgar, 2017.

WALD, Arnold. As áreas metropolitanas, **Revista de Direito Público** nº 22, ano 1972.





## A CENSURA E O PRINCÍPIO DA NEUTRALIDADE DE CONTEÚDO: LIBERDADE DE EXPRESSÃO E DEMOCRACIA

*Marcelo Campos Galuppo<sup>1</sup>,  
Fernando Caetano Rocha Jr<sup>2</sup>*

### RESUMO

As relações entre a sociedade e o Estado refletem as relações entre a autoridade e imprensa. Nos postulados filosóficos autoritários encontra-se a sistematização da censura com base no **ponto de vista** do poder (coroa, igreja e governo). A restrição das liberdades de expressão e de imprensa manifesta-se historicamente pela necessidade de autorização prévia para a atividade de imprensa, ou pela necessidade de autorização individual prévia para a ampla distribuição de um discurso, ou pela perseguição judicial das ideias dissidentes, ou, ainda, pela taxaçoão indireta da atividade de expressão. A transição para postulados liberais provocaram a reinterpretação da relação entre autoridade, sociedade e imprensa, atraindo para o indivíduo e para a imprensa a responsabilidade e o direito de buscar a “verdade”, o que relativiza a posição do povo frente à autoridade. A função da imprensa deixa de ser servir à autoridade e passa a ser **checar** sua atividade. O Estado que é regido por postulados mais liberais que autoritários deve garantir a liberdade de expressão e de imprensa. Para isto, deve adotar um princípio geral de neutralidade, impedindo a censura ilegítima com base no ponto de vista da autoridade, especialmente garantindo a liberdade para as ideias que ele odeia.

**PALAVRAS-CHAVE:** Liberdade de expressão. Liberdade de imprensa. Censura. Neutralidade de conteúdo.

**CENSORSHIP AND THE CONTENT NEUTRALITY PRINCIPLE: FREE SPEECH AND DEMOCRACY**

### ABSTRACT

The relations between society and the state reflect the relations between authority and the press. In the authoritarian philosophical postulates can be found the systematization of censorship based on the point of view of power (crown, church and government). Censorship is historically manifested by the need for prior authorization for the press activity, or by the need for individual prior authorization for the wide distribution of a speech, or for judicial prosecution of dissenting ideas, or indirect taxation of the activity of expression. The transition to libertarian postulates has brought about a reinterpretation of the relationship between authority, society and the press,

<sup>1</sup> Visiting Fellow da Escola de Direito da University of Baltimore (USA). Vice-presidente da Internationale Vereinigung for Rechts- und Sozialphilosophie - IVR (Associação Internacional de Filosofia do Direito e Filosofia Social - 2019-2023). Possui graduação em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (1990) e doutorado em Filosofia do Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (1998). Professor da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC Minas) e da Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG).

<sup>2</sup> Mestre em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Graduado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.

attracting to the individual and the press the responsibility and the right to search for "truth", which relativizes the position of the people against authority. The function of the press ceases to be to serve the authority and happens to be to check its activity. The state that is governed by more liberal than authoritarian postulates must guarantee freedom of expression and of the press by law. To do this, it must adopt a general principle of neutrality, preventing illegitimate censorship based on the authority's point of view, especially guaranteeing freedom for the ideas he hates.

#### Keywords

Free Speech. Freedom of the press. Censorship. Content neutrality

## INTRODUÇÃO

A hipótese deste artigo é que constitui censura a atividade do poder estatal que, alegando escolher conteúdos mais adequados, tem por objetivo restringir um discurso dissidente com base no ponto de vista da autoridade. Nosso objetivo é identificar nos postulados filosóficos autoritários a ideia de censura e contrapô-la à ideia de uma sociedade liberal constituída a partir de um sistema de liberdade de expressão. Além disso, pretendemos verificar como as práticas autoritárias são fundadas na vontade do poder de silenciar discursos dissidentes.

O primeiro momento deste artigo identificará nos postulados filosóficos dos sistemas autoritários as formas de relacionamento entre Estado, sociedade e informação, e na ideia aristocrática platônica a origem racional da sistematização da censura.

Da evolução dos sistemas autoritários destacam-se os mecanismos de controle e alinhamento da imprensa com os interesses do poder (político, econômico e religioso) que podem ser agrupados em: licenças (patentes), censura prévia e a taxação.

O segundo momento estudará a transição na modernidade de postulados autoritários para postulados liberais, que culminaram na ilegitimidade da censura pelo poder (da igreja e do governo), devido à reversão na posição relativa do indivíduo em relação ao Estado e do indivíduo em relação à busca pela verdade.

O terceiro momento deste artigo identificará a existência de práticas autoritárias mesmo em sociedades predominantemente regidas por princípios liberais, com base em postulados liberais, e que se opõem ao sistema autoritário.

O quarto momento indicará que a ideia de um sistema de liberdade de expressão tenta lidar com as ideias consideradas "odiosas", que expõem pontos de vista dissidentes, divergentes, que desafiem as ideias e a razão tradicional, visando defender a adoção de um princípio geral que proteja o pensamento dissidente de práticas autoritárias de censura.

Por fim, apresentaremos o princípio da neutralidade de conteúdo para limitação da liberdade de expressão como uma ferramenta de garantia dos pressupostos do Estado democrático, em oposição aos postulados autoritários, ou seja, como uma forma de garantir a "liberdade para os pensamentos que ele (o censor) odeia".

## A POSIÇÃO AUTORITÁRIA, LIBERDADE DE EXPRESSÃO E CENSURA

Segundo Fred S. Siebert, a imprensa sempre toma a forma e a coloração das estruturas sociais e políticas em que opera, refletindo especialmente o sistema de controle social das relações entre os indivíduos e as instituições (SIEBERT et al, 1974, p.2-3). No caso dos sistemas autoritários, a regulação do discurso é a forma pela qual a autoridade impõe normas sobre a manifestação individual, sendo-lhe inerente a ideia de censura da expressão e da imprensa.

A teoria que informa tais sistemas, que podemos chamar de **teoria autoritária (da liberdade de expressão)**, é muito antiga, tendo sua origem no pensamento de Platão, para quem, em uma aristocracia, única forma de governo que pode produzir a justiça, a cidade deve ser governada pelos filósofos, pois somente quem sabe o que é a justiça pode tornar a cidade justa:

Enquanto não forem, ou os filósofos reis das cidades, ou os que agora se chamam reis e soberanos filósofos genuínos e capazes, e se dê esta coalescência do poder político e da filosofia, enquanto as numerosas naturezas que atualmente seguem um destes caminhos com exclusão do outro não forem impedidas forçosamente de o fazer, não haverá tréguas dos males (...) para as cidades, nem sequer, julgo eu, para o gênero humano. (...) [Portanto,] a uns compete por natureza dedicar-se à filosofia e governar a cidade, e aos outros não cabe tal estudo, mas sim obedecer a quem governa. (PLATÃO, 1990, p. 252 e 253)

Platão pensava, portanto, que o Estado só estaria a salvo da degeneração nas mãos dos homens sábios. O postulado básico da teoria autoritária é exatamente essa visão aristocrática sobre o conhecimento e descobrimento da verdade:

Knowledge was discoverable through mental effort. Men differed widely in their ability to utilize mental processes and in their drive to exert mental effort. Since such differences existed, they should be recognized in the social structure. "Wise men" capable of analyzing and synthesizing should become leaders in organized society, or if not leaders, they should at least become the advisors of leaders. (SIEBERT et al, 1974, p. 11)<sup>3</sup>

A postura autoritária estabelece portanto que as diferenças intelectuais entre os homens justificariam um determinado modo de organização social: a estrutura social deve reconhecer que os "homens sábios", capazes de descobrir a verdade por meio do esforço mental, devem liderar a sociedade, ou, ao menos, aconselhar os líderes, pois, nas sociedades autoritárias, a verdade não é concebida como produto do debate público, mas como produto de poucos homens sábios que devem direcionar e guiar seus pares.

A **teoria autoritária** também foi influenciada por postulados e princípios da Igreja Católica Romana, cuja autoridade é fundada na própria revelação divina. (SIEBERT et al, 1974, p. 17):

---

<sup>3</sup> O conhecimento é descoberto através do esforço mental. Os homens diferiam amplamente em sua capacidade de utilizar processos mentais e em seu esforço para exercer esforço mental. Como tais diferenças existiam, elas deveriam ser reconhecidas na estrutura social. "Homens sábios" capazes de analisar e sintetizar devem se tornar líderes na sociedade organizada, ou, se não forem líderes, devem ao menos se tornar os conselheiros dos líderes. (SIEBERT et al, 1974, p. 11).

The basic principles of the Church necessarily led to protective measures in the area of opinion and belief. The church was divinely founded and taught the truth. Other versions of the truth were merely attempts to debase its principles and to seduce its membership from the only path to eternal salvation. Following Platonic precepts, the church provided for the discussion of controversial issues in an area limited to those of the hierarchy. At the same time, it firmly restricted the questioning of fundamental doctrines by those who were not of the hierarchy and who therefore were incompetent to deal with religious doctrine. What the church could do in the spiritual world, a monarchy could do in temporal affairs. And some monarchs, like the British Tudors, thought that they could do both. (SIEBERT et al, 1974, p. 17)<sup>4</sup>.

Ainda hoje, o Código de Direito Canônico apresenta cânones que parecem ser fundados em postulados da teoria autoritária. A obrigação de evitar doutrinas contrárias, a obrigação de aceitar e acreditar firmemente nas doutrinas divinamente reveladas, e ilicitude da negação da verdade cristã revelam esse tipo de concepção:

Cân. 750 — § 1. Deve-se crer com fé divina e católica em tudo o que se contém na palavra de Deus escrita ou transmitida por Tradição, ou seja, no único depósito da fé confiado à Igreja, ao mesmo tempo é proposto como divinamente revelado, quer pelo magistério solene da Igreja, quer pelo seu magistério ordinário e universal; isto é, o que se manifesta na adesão comum dos fiéis sob a condução do sagrado magistério; por conseguinte, todos têm a obrigação de evitar quaisquer doutrinas contrárias. § 2. Deve-se ainda firmemente aceitar e acreditar também em tudo o que é proposto de maneira definitiva pelo magistério da Igreja em matéria de fé e costumes, isto é, tudo o que se requer para conservar santamente e expor fielmente o depósito da fé; opõe-se, portanto, à doutrina da Igreja Católica quem rejeitar tais proposições consideradas definitivas.

Cân. 751 — Diz-se heresia a negação pertinaz, depois de recebido o batismo, de alguma verdade que se deve crer com fé divina e católica, ou ainda a dúvida pertinaz acerca da mesma; apostasia, o repúdio total da fé cristã; cisma, a recusa da sujeição ao Sumo Pontífice ou da comunhão com os membros da Igreja que lhe estão sujeitos. (Código de Direito Canônico, 1983, p. 406).

Até o século XV, a imposição de restrições e controles efetivos das opiniões dissidentes era simplificado pela própria constituição da sociedade, em geral analfabeta e cuja estrutura social girava em torno da igreja. Joana Araújo Lopes analisou como a ignorância da população permitiu um maior controle social, e como este controle social ruiu a partir da disseminação da informação impressa:

Até o século XV, a civilização era composta majoritariamente por analfabetos e numa Estrutura social baseada na Igreja e na nobreza, que utilizava a fé como controle social, impondo as escrituras ao povo sem possibilidade de

---

<sup>4</sup> Os princípios básicos da igreja necessariamente levaram a medidas de proteção na área da opinião e crença. A igreja foi fundada divinamente e ensinou a verdade. Outras versões da verdade eram apenas tentativas de rebaixar seus princípios e seduzir seus membros do único caminho para a salvação eterna. Seguindo os preceitos platônicos, a igreja previa a discussão de questões controversas em uma área limitada àquelas da hierarquia. Ao mesmo tempo, restringiu firmemente o questionamento de doutrinas fundamentais por aqueles que não eram da hierarquia e que, portanto, eram incompetentes para lidar com a doutrina religiosa. O que a igreja poderia fazer no mundo espiritual, uma monarquia poderia fazer em assuntos temporais. E alguns monarcas, como os britânicos Tudors, pensaram que poderiam fazer as duas coisas. (SIEBERT et al, 1974, p. 17).

questionamentos. Com a invenção de Gutemberg, a hegemonia católica foi abalada, e o livro nesse contexto seria a pedra fundamental para a democratização, não só da informação, mas de todo o modo de pensar dos Tempos futuros. De certa forma é impossível pensar na realidade sem pensar na contribuição da imprensa e do livro para o progresso intelectual das sociedades. (Araújo, 2010, p. 18)

A **teoria autoritária** continuou influente na Renascença tardia, após a invenção da imprensa de tipos móveis na Europa:

In that society, truth was conceived to be, not the product of the great mass of people, but of a few wise men who were in a position to guide and direct their fellows. Thus truth was thought to be centered near the center of power. The press therefore functioned *from the top down*. The rulers of the time used the press to inform the people of what the rulers thought they should know and the policies the rulers thought they should support (SIEBERT et al, 1974, p. 2)<sup>5</sup>.

Mesmo depois do Renascimento, inúmeros filósofos sociais e políticos figuram como expoentes da teoria autoritária, como Maquiavel, Hobbes, Rousseau e Hegel (SIEBERT et al, 1974, p. 13-15). Outras formas de liderança também impuseram concepções autoritárias de relacionamento entre o público e o privado, e, especialmente, entre a imprensa e o governo. Os regimes nazistas e fascistas são exemplos de fora da filosofia política em que os postulados da doutrina autoritária foram impostos e reforçados.

Nos sistemas autoritários, orientados por essa concepção, a imprensa funciona como um tipo de acordo entre aquele que publica e a fonte de poder, que conserva então o direito de *ensor*:

Publishing was thus a sort of agreement between power source and Publisher, in which the former granted a monopoly right and the later gave support. But the power source kept the right to set and change policy, the right to license and in some cases the right to set and change policy, the right to license and in some cases the right to censor. (SIEBERT et al, 1974, p. 3)<sup>6</sup>.

Essa concepção serviu, por duzentos anos, como base da regulação e relacionamento entre imprensa e sociedade: por meio da teoria autoritária, a instituição *imprensa* foi controlada e organizada pela instituição *governo*. (SIEBERT et al, 1974, p. 9-10). A publicação e circulação de ideias decorriam, portanto, de uma espécie de acordo entre a fonte de poder e o editor, em que o primeiro concedia o direito de monopólio ao segundo de tal modo que a fonte do poder estatal mantinha o direito de definir e alterar a política, através do direito de licenciar e, em alguns casos, do direito de

<sup>5</sup> Nessa sociedade, a verdade foi concebida para ser, não o produto da grande massa de pessoas, mas de alguns sábios que estavam em posição de guiar e dirigir seus semelhantes. Assim, acreditava-se que a verdade estava centrada no centro do poder. A imprensa, portanto, funcionava de cima para baixo. Os governantes da época usavam a imprensa para informar ao povo o que os governantes pensavam que deviam conhecer e as políticas que os governantes pensavam que deviam apoiar (SIEBERT et al, 1974, p. 02).

<sup>6</sup> A publicação era, portanto, uma espécie de acordo entre a fonte de poder e o Publicador, em que o primeiro concedia o direito de monopólio e o posterior dava apoio. Mas a fonte de poder manteve o direito de definir e alterar a política, o direito de licenciar e, em alguns casos, o direito de definir e alterar a política, o direito de licenciar e, em alguns casos, o direito de censurar. É óbvio que esse conceito de imprensa eliminou o que chegou em nosso tempo para ser a função mais comum da imprensa: verificar o governo. (SIEBERT et al., 1974, p. 03).

censurar. É óbvio que esse conceito de imprensa eliminava a função mais importante da imprensa: vigiar e controlar o próprio governo. (SIEBERT et al., 1974, p. 03).

O maior problema de grande parte dos sistemas autoritários é estabelecer e controlar as ideias por meio de restrições efetivas sobre os discursos. Segundo Siebert, inúmeros métodos de controle foram tentados pelos sistemas autoritários, envolvendo a necessidade de permissão prévia para a atividade de imprensa ou uma censura prévia e individual (posterior à escrita e anterior à divulgação) dos textos produzidos ou uma forma indireta de restrição, geralmente por meio da taxação.

Um dos primeiros métodos utilizados para assegurar que a imprensa desse tratamento favorável para as políticas do governo era a concessão de permissões especiais ao Editor, denominadas “patentes”. (SIEBERT et al, 1974, p. 19). Esse Sistema entra em crise no final do século XVII,

largely because of its own inherent defects and because of the development of private enterprise in all areas of production (...) In the seventeenth century, printers could readily find both religious and political groups willing to finance the illegal production of tracts and pamphlets, which attacked the principles and practices of existing authorities. (SIEBERT et al, 1974, p. 20)<sup>7</sup>.

O surgimento de publicações ilegais, patrocinadas por grupos religiosos e políticos, com o objetivo de divulgar material contrário aos interesses do governo, torna necessário o refinamento dos métodos de exercício da autoridade sobre a imprensa.

Outro sistema, não mais de patentes, mas de censura, se desenvolveu nessa mesma época. A censura consistia em um sistema de licenciamento individual posterior para cada trabalho a ser impresso, e poderia funcionar em conjunto ou não com o sistema de patentes. Neste ponto, censura significava, na tradição jurídica Anglo-Americana, *legal requirement for printed materials of permission for distribution*<sup>8</sup> (SIEBERT et al, 1974, p. 22):

The system was developed under secular auspices in the sixteenth century, when even the monopolistic or state printers were frequently unable or unwilling to follow the lines of government policies. Publishers usually were not privy to state affairs and therefore were unable to make accurate judgments on controversial issues, which found their way into print. To remedy this defect, the state required published works in specified areas such as religion and politics to be submitted for examination by its representatives, who presumably were acquainted with what the state was attempting to do. In the sixteenth century, this was not too difficult a task since the number of published works was relatively small and the duty of examination could be assigned to a secretary of the principal religious and secular authorities. (SIEBERT et al, 1974, p. 21)<sup>9</sup>.

<sup>7</sup> “em grande parte por causa de seus próprios defeitos inerentes e por causa do desenvolvimento da iniciativa privada em todas as áreas de produção (...) No século XVII, os impressores podiam facilmente encontrar e grupos políticos dispostos a financiar a produção ilegal de panfletos e panfletos que atacassem os princípios e práticas das autoridades existentes”. (SIEBERT et al, 1974, p. 20).

<sup>8</sup> “requerimento de que todo material impresso e oferecido para distribuição primeiro deve obter uma permissão ou licença oficial, ou, como era chamado na Igreja Católica Romana, um *imprimatur*”. (SIEBERT et al, 1974, p. 22).

<sup>9</sup> O sistema foi desenvolvido sob os auspícios seculares no século XVI, quando até mesmo os monopolistas ou os impressores estaduais eram frequentemente incapazes ou não desejavam seguir as linhas das políticas governamentais. Os editores geralmente não estavam a par dos assuntos do Estado e,

Enquanto o reduzido número de publicações permitiu a censura prévia, o sistema foi utilizado como forma de direcionamento das publicações da imprensa de acordo com os interesses do governo. A partir do século XVII, entretanto, o aumento exponencial do número de materiais impressos (ZAID, 2004) passou a dificultar o trabalho dos censores e a estimular movimentos de pressão por parte da imprensa.

Esse cenário começou a mudar a partir dos anos 30 nos EUA mas, embora a transição do modelo autoritário para o modelo liberal tenha marcado a efetivação da garantia constitucional da liberdade de expressão e de imprensa, a existência de tais princípios não garante por si só sua efetiva fruição pelos destinatários<sup>10</sup>, pois

As the history of First Amendment [in USA] shows, putting a guarantee into a charter is no assurance that it will be enforced. After all, it took more than a century for the courts to begin protecting dissenting speakers and publishers from official repression in the United States. Or to put it another way, it took time for judges to build on the fundamental promise of those fourteen words in the First Amendment: That this would be a country of free speech and freedom of the press. Time and imagination and courage. Timid, unimaginative judges could not have made America as extraordinarily free as it. (LEWIS, 2007, P. xiii)<sup>11</sup>.

Para Anthony Lewis, a história da primeira emenda à Constituição Norte-Americana, que protege dentre outros direitos a Liberdade de Expressão e a Liberdade de Imprensa, demonstra que a existência de um direito não garante sua efetividade. Mais de um século foi necessário para que a Suprema Corte Norte-Americana começasse a proteger o pensamento dissidente da repressão que lhe impunha o governo, e não foi diferente no resto do mundo:

Trough a long history, individual have struggled against repressive forces to express themselves (...) Galileo wanted to publish what he had proved by observation: that the earth moved around the sun. He was finally silenced by the repressive arm of the Catholic hierarchy at the time, the Inquisition. (...) Boris Pasternak, after years of silence during Stalin's terror in the Soviet Union, wrote *Doctor Zhivago*, managed to have it published abroad, and won the Nobel Prize. But even after Stalin's death, official pressure forced him to renounce his acceptance of the prize.. (LEWIS, 2007, P. 186)<sup>12</sup>.

---

portanto, eram incapazes de fazer julgamentos precisos sobre questões controversas que acabaram sendo impressas. Para remediar esse defeito, o Estado exigiu que trabalhos publicados em áreas específicas, como religião e política, fossem submetidos a exame por seus representantes, que presumivelmente estavam familiarizados com o que o Estado estava tentando fazer. No século XVI, essa não era uma tarefa muito difícil, já que o número de trabalhos publicados era relativamente pequeno e o dever de exame podia ser atribuído a um secretário das principais autoridades religiosas e seculares. (SIEBERT et al, 1974, p. 21).

<sup>10</sup> Estas noções foram mais profundamente examinadas ROCHA JUNIOR, Fernando Caetano. Liberdade de expressão e liberdade acadêmica para a educação sobre gênero e diversidade sexual. Dissertação (mestrado). Orientador: Marcelo Campos Galuppo. Universidade Federal de Minas Gerais. 2019.

<sup>11</sup> Como mostra a história da Primeira Emenda [nos Estados Unidos], colocar uma garantia em uma carta não é garantia de que ela será aplicada. Afinal de contas, levou mais de um século para os tribunais começarem a proteger os oradores e editores dissidentes da repressão oficial nos Estados Unidos. Ou, em outras palavras, levou tempo para os juízes se basearem na promessa fundamental daqueles catorze termos da Primeira Emenda: Que este seria um país de liberdade de expressão e liberdade de imprensa. Tempo e imaginação e coragem. Juízes tímidos e sem imaginação não poderiam ter feito a América tão extraordinariamente livre quanto ela. (LEWIS, 2007, p. xiii). (Tradução).

<sup>12</sup> Através de uma longa história, o indivíduo tem lutado contra as forças repressivas para se expressar (...) Galileu queria publicar o que ele havia provado pela observação: que a terra se movia em torno do sol. Ele foi finalmente silenciado pelo braço repressivo da hierarquia católica da época, a Inquisição.

Da mesma forma, Waldron afirma que, no começo do século XIX, a Primeira Emenda era entendida *as admonitory rather than as a legally enforceable restraint upon state and federal lawmakers*. (WALDRON, 2012, p. 19)<sup>13</sup>.

Sobre a ameaça que os postulados autoritários representam para a liberdade de expressão, Waldron afirma que

As organized government came to seem less vulnerable, it also came to seem, itself, much more of a threat to the intellectual life of the country, to debate and deliberation among the citizenry and to the dignity and individuality of particular writers and dissenters. From this perspective, it is not the threat to social order that is alarming; it is the massive power that government can deploy – that government of this country has deployed in the past and the governments all over the world continue to deploy – to suppress dissent, deflect criticism, and resist exposure of its malfeasances. (WALDRON, 2012, p. 26)<sup>14</sup>.

É esse modo de censura, direcionado a silenciar a expressão dissidente com base no conteúdo, que é objeto da crítica estabelecida neste artigo, que não exclui a possibilidade de outros métodos de se coibir a circulação de ideias, como a perseguição judicial, que buscava limitar a liberdade de expressão e de investigação da imprensa, adotada quando o licenciamento e a censura prévia não mais foram eficazes, e o sistema de imposição de “taxas especiais” para a circulação de impressos, que buscava censurar a atividade da imprensa sem atacar diretamente o conteúdo das publicações. (SIEBERT et al, 1974, p. 25).

## DA AUTORIDADE À LIBERDADE

Partindo do ponto de vista da autoridade, o sistema autoritário nega ao indivíduo a capacidade de determinar por si mesmo o que é a verdade e, portanto, não reconhece a imprensa como mecanismo de construção, por meio da informação, da convicção dos cidadãos.

A prática autoritária ainda é encontrada mundo afora, mas a expansão de concepções democráticas da política e a difusão de ideais que pressupõem as liberdades individuais fizeram surgir a necessidade de repensar as relações entre Estado e indivíduo, de onde floresceu a **teoria liberal (da imprensa e da liberdade de expressão)**:

the growth of political democracy and religious freedom, the expansion of free trade and travel, the acceptance of laissez-faire economics, and the general philosophical climate of the Enlightenment, undermined authoritarianism and called for a new concept of the press. This new theory, which was

---

(...) Boris Pasternak, depois de anos de silêncio durante o terror de Stalin na União Soviética, escreveu o Doutor Jivago, conseguiu publicá-lo no exterior e ganhou o Prêmio Nobel. Mas mesmo após a morte de Stalin, a pressão oficial o forçou a renunciar à aceitação do prêmio. (LEWIS, 2007, p. 186). (Tradução).

13 A Primeira Emenda era entendida mais como uma advertência do que a restrição legal oponível ao Estado e aos legisladores. (WALDRON, 2012, p. 19).

14 Como o governo organizado passou a parecer menos vulnerável, também passou a parecer, em si, muito mais uma ameaça à vida intelectual do país, ao debate e à deliberação entre os cidadãos e à dignidade e individualidade de escritores e dissidentes em particular. Dessa perspectiva, não é a ameaça à ordem social que é alarmante; é o poder maciço que o governo pode implantar - que o governo deste país implantou no passado e os governos em todo o mundo continuam a implantar - para suprimir a dissidência, desviar-se das críticas e resistir à exposição de seus malfeitos. (WALDRON, 2012, p. 26).

incipient in the late seventeenth century, came into real being in the eighteenth, and flowered in the nineteenth, is what we have called the *Libertarian*<sup>15</sup> theory. (SIEBERT et al, 1974, p. 3)<sup>16</sup>.

Siebert explica que no século XVIII completou-se a transferência dos princípios autoritários, que regiam a imprensa, para princípios liberais, e o poder de censura do governo e da igreja foi gradativamente perdendo sua legitimidade, até que, no século XIX, movimentos constitucionais positivaram a proteção à liberdade de expressão e à liberdade de imprensa:

At the opening of the [XVIII] century, the authoritarian system of press control was dying. The power of the Crown to regulate the press had been abandoned, the church had been removed as a regulatory agency, and state monopolies in publishing had been abolished. By the end of the century, libertarian principles were enshrined in the fundamental law of the land in constitutional phrases protecting freedom of speech and of the press. (SIEBERT et al, 1974, p. 44)<sup>17</sup>.

Esse processo de transição gradativa foi profundamente influenciado pelo pensamento do pensador do século XVII, John Milton, que explicitam os postulados da teoria liberal ao pressupor que o homem pode distinguir entre o bom e o mau, o certo e o errado, em um encontro “livre e aberto” de ideias.

Escrito em 1644, *Areopagitica* consiste em um discurso direcionado ao parlamento da Inglaterra em que John Milton apresenta argumentos contra a licença prévia para material impresso, que viriam a constituir as bases de uma teoria da liberdade de expressão que se opõe aos postulados autoritários. Milton afirmava que a licença prévia serviria primariamente ao

discouragement of all learning, and the stop of truth, not only by disexercising and blunting of our abilities in what we know already, but by hindering and cropping the discovery that might be yet further made, both in religious and civil wisdom. (MILTON, 1996, p. 7-8)<sup>18</sup>.

Milton presumia que a censura prévia não seria usada para o bem dos cidadãos, afirmando que seria melhor o acesso aos conteúdos – no caso os livros- *whatever sort they be, and whether be more the benefit or the harm that hence proceeds*<sup>19</sup> (1996, p. 12).

<sup>15</sup> Quando Siebert escreve seu trabalho (sua primeira versão é da década de 1950), o termo *libertário* não havia se desprendido ainda do termo liberal para significar posições radicais individualistas que pretendem restringir a atuação estatal ao mínimo possível (defendidas por Nozick, Hayek, Friedmann e outros). Por isso, neste artigo, traduziremos *libertarian* como liberal, por acreditarmos ser esse o significado do termo em seu texto.

<sup>16</sup> “o crescimento da democracia política e da liberdade religiosa, a expansão do comércio livre e das viagens, a aceitação da economia do *laissez-faire* e o clima filosófico geral do iluminismo minaram o autoritarismo e exigiram um novo conceito de imprensa. Essa nova teoria, incipiente no final do século XVII, tornou-se real no século XVIII e floresceu no século XIX, é o que chamamos de teoria liberal”. (SIEBERT et al., 1974, p. 3)..

<sup>17</sup> “Na abertura do século [XVIII], o sistema autoritário de controle da imprensa estava morrendo. O poder da Coroa de regular a imprensa havia sido abandonado, a igreja havia sido removida como agência reguladora e os monopólios estatais de publicações haviam sido abolidos. No final do século, os princípios liberais foram consagrados na lei fundamental da terra em frases constitucionais que protegiam a liberdade de expressão e de imprensa”. (SIEBERT et al, 1974, p. 44).

<sup>18</sup> Desencorajamento de todo aprendizado, e a interrupção da verdade, não somente pelo desexercício das habilidades no que já sabemos, mas por esconder e recortar as descobertas que ainda podem ser feitas, tanto no conhecimento religioso, quanto civil (Milton, 1996, p. 7-8).

<sup>19</sup> Seja do tipo que for, e mesmo que advenha mais benefícios ou prejuízos.

Siebert afirma que a partir dos argumentos contidos na *Areopagitica*, de que a verdade prevalecerá desde que o governo se mantenha fora da batalha de ideias, sem beneficiar um ou outro lado do debate, John Stuart Mill viria a formular a ideia do “livre mercado de ideias” (SIEBERT, 1974, p. 44-5).

Em 1859, John Stuart Mill publicou *On Liberty*, tratando das relações entre autoridade e liberdade na sociedade e no Estado. Para Mill, a questão da licença prévia (*patent*) na Inglaterra seria um exemplo de como

No argument, we may suppose, can now be needed, against permitting a legislature or an executive, not identified in interest with the people, to prescribe opinions to them, and determine what doctrines or what arguments they shall be allowed to hear (MILL, 2001, p. 18)<sup>20</sup>.

Mill estabeleceu sua defesa da liberdade de expressão a partir de quatro bases (MILL, 2001, p. 50):

- 1) Uma opinião silenciada pode ser verdadeira. Negar esta possibilidade é negar a própria falibilidade humana;
- 2) Mesmo que a opinião silenciada seja errada, ainda pode conter uma parte da verdade, e como nenhuma opinião é a totalidade da verdade, apenas pela colisão de opiniões existe a chance de suprir a verdade restante;
- 3) Mesmo que a opinião (que silencia outra opinião) seja verdadeira, se não houver a possibilidade de contestação e confronto, a verdade será recebida com preconceito e pouca compreensão de sua base racional;
- 4) O silenciamento do pensamento dissidente transforma a verdade em um dogma, não havendo espaço para o crescimento de nenhuma convicção.

De seu argumento também se extrai a noção contemporânea, central neste artigo, sobre a censura com base em pontos de vista: A ideia de que o exercício da atividade censora pelo poder público, com base em postulados autoritários que restringe a distribuição de conteúdo com base em ponto de vista da autoridade, faz pairar sobre tal autoridade uma presunção de ilegitimidade.

A teoria liberal se contrapõe à autoritária porque reinterpreta a posição do homem em relação ao Estado, atribuindo ao indivíduo e à imprensa a responsabilidade e o direito da busca pela verdade, que deixam de ser privativos da autoridade estatal (ou religiosa):

Man is no longer conceived of as a dependent being to be led and directed, but rather as a rational being able to discern between truth and falsehood, between a better and worse alternative, when faced with conflicting evidence and alternative choices. Truth is no longer conceived of as the property of

---

<sup>20</sup> Possamos supor que nenhum argumento seja necessário contra a permissão de que uma legislatura ou agente público, não identificado com os interesses do povo, possa prescrever-lhe opiniões e determinar os argumentos e doutrinas que ele esteja autorizado a ouvir.

power. Rather, the right to search for truth is one of the inalienable natural rights of man. (SIEBERT et al, 1974, p. 3)<sup>21</sup>.

A possibilidade da busca pela verdade por cada indivíduo e o reconhecimento da responsabilidade sua e da imprensa relativizam também a posição do povo em relação às políticas governamentais. Se na teoria autoritária a função da imprensa é a de transmitir o entendimento alinhado com os interesses governamentais, os postulados da doutrina liberal são de que a principal função da imprensa é exatamente a de checar o governo:

In Libertarian theory, the press is not an instrument of government, but rather a device for presenting evidence and arguments on the basis of which the people can check on government and make up their minds as to policy. In order for truth to emerge, all ideas must get a fair hearing; there must be a "free market place" of ideas and information. Minorities as well as majorities, the weak as well as the strong, must have access to the press. This is the theory of the press which was written into our Bill of Rights. (SIEBERT et al, 1974, p. 3-4)<sup>22</sup>.

Os postulados liberais contra a censura dependem, ao menos parcialmente, de se duvidar que qualquer pessoa possua autoridade para decidir sobre o que devemos ou não ouvir e em que devemos acreditar (MARMOR, 2018, P.149).

A ideia de que devemos ter o poder de decidir sobre o que ouvimos confronta o argumento paternalista, apresentado por Marmor como uma justificativa ilegítima utilizada pelo censor para violar postulados liberais e adotar práticas autoritárias contra a liberdade de expressão. A ideia de que o governo decidirá o que é "melhor" ouvirmos é ilegítima:

One of the main problems with the power to decide what others get to hear is that decisions to censor are often based on reasons which are grounded in distrust of the subject's ability to form a sound judgment about what they hear. If the decision-maker thinks that you have no reason to read my poems, the decision-maker would not need to try to prevent you from reading them if they thought that you would reach the same conclusion. They would only have a reason to prevent you from reading my poems if they did not trust you to realize that my poems are not worth reading or paying attention to. Or suppose that the decision-maker wants to prevent you from hearing a political message they deem to be false or misleading or potentially dangerous to some worthy cause; again, if they thought that you are likely to make the right judgment and realize how false, misleading or dangerous the message is, they would not need to prevent you from hearing it. By making the decision to censor, the decision-maker clearly relies on distrust; they do not think that you can make the right judgment about the content or value of

<sup>21</sup> "O homem não é mais concebido como um ser dependente a ser conduzido e dirigido, mas sim como um ser racional capaz de discernir entre verdade e falsidade, entre uma alternativa melhor e pior, quando confrontado com evidências conflitantes e escolhas alternativas. A verdade não é mais concebida como propriedade do poder. Em vez disso, o direito de buscar a verdade é um dos direitos naturais inalienáveis do homem". (SIEBERT et al., 1974, p. 3).

<sup>22</sup> Na teoria do liberal, a imprensa não é um instrumento de governo, mas sim um dispositivo para apresentar provas e argumentos com base nos quais as pessoas podem verificar o governo e decidir-se quanto à política. Para que a verdade surja, todas as ideias devem ter uma audiência justa; deve haver um "mercado livre" de ideias e informações. Minorias e majorias, tanto os fracos como os fortes, devem ter acesso à imprensa. Esta é a teoria da imprensa que foi escrita em nossa Declaração de Direitos. (SIEBERT et al, 1974, p. 3-4).

what you hear. This makes the power of censorship profoundly disrespectful. If there is something inherently disrespectful in grounding the exercise of a certain power, it is probably a power one should not have (MARMOR, 2018. P. 150)<sup>23</sup>.

A questão levantada é acerca da desconfiança (pela autoridade) de que possamos (os governados) julgar por nós mesmos o que ouvimos. Se não for possível, então o censor deve se colocar no lugar de tomador das decisões acerca do que devemos ouvir. Quando o governo censura algo (uma manifestação artística ou cultural, um protesto, uma notícia ou qualquer manifestação de comunicação humana para “prevenir” que tenhamos acesso a uma informação que julga como “negativa”), ele está duvidando de que o governado possa ouvir e emitir o próprio julgamento sobre a questão, e é isto que Marmor aponta como o “profundo desrespeito” ao indivíduo na atividade de censura. Afinal de contas, aponta Marmor, se o censor acreditasse que, acessando o conteúdo que censurou, chegaríamos as mesmas conclusões que ele (que o conteúdo é ruim, que não vale nossa atenção ou consideração, que não é o tipo de expressão que queremos ver ou ouvir), enfim, se chegássemos a mesma conclusão que o censor, qual seria a necessidade da censura? Se, ao contrário, víssemos valor no conteúdo, por que o censor deveria nos impedir de acessá-lo? Como diz Cass Sunstein,

If we are really serious about the principle of listener autonomy, perhaps we would never allow government to stop people from hearing messages on the ground that those messages would persuade them. (SUNSTEIN, 1993, p. 176)<sup>24</sup>.

Outros autores enfrentam a questão das práticas autoritárias do governo em relação à expressão. Ao falar sobre as intervenções do Estado no debate público, Cass Sunstein afirma que as pessoas podem pensar como pensam simplesmente porque não lhes foram proporcionadas informação e oportunidades suficientes para pensar de modo diferente:

People may think as they do simply because they have not been provided with sufficient information and opportunities. It is not paternalistic, or an illegitimate interference with competing conceptions of the good, for a democracy to promote security and testing of preferences and beliefs through deliberative processes. (Of course, there must be right-based constraints on what might occur in, or as a result of, those processes). Existing preferences should

---

<sup>23</sup> “Um dos principais problemas com o poder de decidir o que os outros ouvem é que as decisões de censurar geralmente se baseiam em razões que são baseadas na desconfiança da capacidade do sujeito de formar um julgamento sólido sobre o que ouve. Se o tomador de decisão achar que você não tem motivos para ler meus poemas, o tomador de decisões não precisaria tentar impedi-lo de lê-los se eles achassem que você chegaria à mesma conclusão. Eles só teriam uma razão para impedir que você lesse meus poemas se eles não confiassem em você para perceber que meus poemas não valem a pena ler ou prestar atenção. Ou suponha que o tomador de decisões queira impedir que você ouça uma mensagem política que eles consideram ser falsa ou enganosa ou potencialmente perigosa para alguma causa digna; novamente, se eles pensaram que você é capaz de fazer o julgamento correto e perceber o quão falsa, enganosa ou perigosa a mensagem é, eles não precisariam impedir que você a ouvisse. Ao tomar a decisão de censurar, o tomador de decisão claramente confia na desconfiança; eles não acham que você pode fazer o julgamento correto sobre o conteúdo ou o valor do que você ouve. Isso torna o poder da censura profundamente desrespeitoso. Se há algo inerentemente desrespeitoso ao fundar o exercício de um certo poder, é provavelmente um poder que não se deve ter” (MARMOR, 2018, p. 150). (Tradução).

<sup>24</sup> Se formos realmente sérios sobre o princípio da autonomia do ouvinte, talvez nunca permitiríamos que o governo impedisse que as pessoas ouvissem mensagens com base no fato de que essas mensagens as persuadiriam. (SUNSTEIN, 1993, p. 176). (Tradução).

be subjected to general public discussion, rather than taken as the inevitable building-blocks for government outcomes. (SUNSTEIN, 1993, p. 19-20)<sup>25</sup>.

Owen Fiss afirma que a alteração do resultado de uma deliberação pública, ou a formação de uma opinião pública a partir de um debate aberto, corresponde a um valor democrático, pressuposto por essa teoria liberal:

What democracy exalts is not simply public choice but rather public choice made with full information and under suitable conditions of reflection. From democracy's perspective, we should not complain but rather applaud the fact that outcome was affected (and presumably improved) by full and open debate. (FISS, 1996, p. 23)<sup>26</sup>.

O que a democracia exige não é simplesmente a escolha pública, mas a escolha pública feita com informações completas e condições de reflexão, afirma Fiss. De uma perspectiva democrática, é desejável o fato de que o resultado de uma deliberação de interesse público seja afetado por um debate completo e aberto.

Mesmo a justificativa de “proteger” a população de ouvir um ponto de vista controverso fere a autonomia do indivíduo. Não é papel do governo proteger os cidadãos de ouvir um discurso que possa ofendê-lo (ou ofender um terceiro): além de impraticável, trata-se de um argumento tendencioso, carregado de um paternalismo que pode encobrir uma razão ilegítima.

Em sua análise, Marmor vai além, apontando que nem sempre a censura está fundada na dúvida de que o governado possa fazer melhor juízo das coisas, mas, muitas vezes, na certeza de que, de posse das informações livres, o governado possa emitir juízo sobre determinada questão que vai contra os interesses do censor:

We should also bear in mind that governments often try to prevent access to information for purely self-interested reasons which have nothing to do with distrust of the potential audience's ability to draw the right conclusions; on the contrary, they suspect that by knowing that which they intend to conceal we will be able to figure out how corrupt or incompetent they are. (MARMOR, 2018. P. 150-151)<sup>27</sup>.

Da mesma forma, Fiss alerta para o fato de que esta preocupação com a qualidade do debate pode servir de subterfúgio para que políticos astutos digam que estão regulando conteúdo com o objetivo de enriquecer o debate público, mas, seus propósitos podem ser, de fato, determinar resultados do debate, ou adiar certas políticas:

---

<sup>25</sup> “As pessoas podem pensar simplesmente porque não receberam informações e oportunidades suficientes. Não é paternalista, ou uma interferência ilegítima em concepções concorrentes do bem, para uma democracia promover segurança e teste de preferências e crenças através de processos deliberativos. (É claro que deve haver restrições baseadas no direito sobre o que pode ocorrer ou como resultado desses processos). As preferências existentes devem ser submetidas à discussão pública geral, em vez de tomadas como os blocos de construção inevitáveis para os resultados do governo”. (SUNSTEIN, 1993, p. 19-20). (Tradução).

<sup>26</sup> “O que a democracia exalta não é simplesmente a escolha pública, mas sim a escolha pública feita com informação completa e sob condições adequadas de reflexão. Do ponto de vista da democracia, não devemos reclamar, mas sim aplaudir o fato de que o resultado foi afetado (e presumivelmente melhorado) por um debate aberto e completo”. (FISS, 1996, p. 23). (Tradução).

<sup>27</sup> “Devemos também ter em mente que os governos muitas vezes tentam impedir o acesso à informação por razões puramente egoístas, que nada têm a ver com a desconfiança da capacidade do público em potencial de tirar as conclusões corretas; pelo contrário, eles suspeitam que, sabendo o que pretendem ocultar, seremos capazes de descobrir quão corruptos ou incompetentes eles são”. (MARMOR, 2018, p. 150-151). (Tradução).

Sly politicians may say that they are regulating content in order to enrich public debate and to make certain that the public hears from all sides, but their purpose may, in fact, be to determine outcome or to further certain policies. (FISS, 1996, p. 24)<sup>28</sup>.

É este perigo das práticas autoritárias que fazem com que a doutrina dos postulados liberais situe a liberdade de expressão e liberdade acadêmica na base do processo democrático.

Dworkin, no prefácio da obra *Extreme Speech and Democracy*, afirma que é a liberdade de expressão que fundamenta a democracia, e não o contrário.

Fair Democracy requires...that each citizen have not just a vote but a voice: a majority decision is not fair unless everyone has had a fair opportunity to express his or her attitudes or opinions or fears or tastes or presuppositions or prejudices or ideals, not just in the hope of influencing others (though that hope is crucially important), but also just to confirm his or her standing as a responsible agent, rather than a passive victim of, collective action. (DWORKIN, 2009, p. vii).

Em um sentido semelhante, Sunstein afirma que, de fato a “verdade política” pode ser definida como o resultado do processo deliberativo, mas que este processo de liberdade de expressão tem que ir ao encontro de determinadas condições que revelam porque a liberdade de expressão é o fundamento da democracia:

The system of free expression is the foundation of this process. One of its basic goals is to ensure broad communication about matters of public concern among the citizenry at large and between citizens and representatives. Indeed, we might even define political truth as the outcome of this deliberative process, assuming that the process can approach or meet the appropriate conditions. Those conditions include adequate information. A norm of political equality, in which arguments matter but power and authority not; an absence of strategic manipulation of information, perspective, processes, or outcomes in general; and a broad public orientation toward reaching right answers rather than serving self-interest, narrowly defined. It is not necessary to claim that the result of any such deliberative process will be unanimity or even consensus. Sometimes people genuinely disagree, and discussion will not bring them together. It may even tear them apart. We should also acknowledge that real-world processes do not conform to these conditions. But under the right circumstances, the system of public discussion should improve outcomes and help move judgments in appropriate directions. (SUNSTEIN, 1993, p. 19)<sup>29</sup>.

<sup>28</sup> “Políticos astutos podem dizer que estão regulando o conteúdo para enriquecer o debate público e garantir que o público ouça de todos os lados, mas seu propósito pode, de fato, ser determinar o resultado ou promover certas políticas”. (FISS, 1996, p. 24). (Tradução).

<sup>29</sup> O sistema de liberdade de expressão é a fundação deste processo – democrático – Um de seus principais objetivos é assegurar a ampla comunicação de assuntos de interesse público entre cidadãos e seus representantes. A verdade política pode até ser definida a partir do resultado do processo deliberativo, assumindo que o processo alcance condições apropriadas. Estas condições incluem informação apropriada Uma norma de igualdade política, em que os argumentos importam, o poder e a autoridade não; ausência de manipulação estratégica de informações, perspectiva, processos ou resultados em geral; e ampla orientação pública para alcançar respostas ao invés de servir a interesses particulares. Não é necessário afirmar que o resultado de qualquer processo deliberativo será unânime ou mesmo um consenso. As vezes as pessoas realmente discordam, e a discussão não as unirá. Pode até separá-los. Também devemos reconhecer que os processos do mundo real não estão em conformidade com

Para Sunstein, portanto, as condições de um sistema de expressão livre são:

- 1) a possibilidade de informação adequada sobre os fatos;
- 2) Uma norma de igualdade política para as formas de expressão, em que argumentos importam, mas poder e autoridade não;
- 3) ausência de manipulação estratégica da informação, perspectiva, processo e resultados; e
- 4) ampla orientação pública para alcançar respostas ao invés de informações estritamente guiadas por interesses particulares. (SUNSTEIN, 1993, p.1).

Sunstein enfatiza que nenhum regime político deveria insistir em que os cidadãos tivessem interesse em assuntos políticos, mas a falta de interesse em informações sobre o governo não pode ser tomada como um produto inevitável da natureza humana, ou como motivo para não disponibilizar a informação:

To be sure, no political regime can or should insist that citizens be thinking about politics almost, or even much of the time; people have many other things to do. But lack of interest in information about government should not be taken as inevitable or as a product of "human nature". We know enough to know that lack of interest is often a result of inadequate education, perceived powerlessness, unsatisfactory alternatives, or a belief that things cannot really be changed. Indifference to politics is frequently produced by insufficient information, the costs of gaining more knowledge, poor educational background, or more generally, an unjust status quo. (SUNSTEIN, 1993, p. 20)<sup>30</sup>.

O que Sunstein afirma é que a indiferença política é provocada pelas informações insuficientes, pelos custos de adquirir mais conhecimento, por um histórico educacional precário, ou, de uma forma mais geral, pelo *status quo* injusto.

## LIBERDADE PARA AS IDEIAS QUE ELES ODEIAM

O argumento liberal se opõe às justificativas usadas por diversos governos para censurar determinadas formas de expressão humana, em especial quando, por discordar delas, eles as odeiam, ou seja, opõem-se às mesmas.

O ponto central da ideia de que o Estado não pode regular o que está sendo dito é a proteção das ideias dissidentes, porque é historicamente observável que as práticas autoritárias são direcionadas a silenciar as ideias consideradas odiosas ou divergentes.

---

essas condições. Mas sob as circunstâncias certas, o sistema de discussão pública deve melhorar os resultados e ajudar a mover julgamentos em direções apropriadas. (SUNSTEIN, 1993, p. 19).

<sup>30</sup> Certamente, nenhum regime político pode ou deve insistir para que os cidadãos pensem em política durante a maior parte do tempo; as pessoas têm muitas outras coisas para fazer. Mas a falta de interesse em informações sobre o governo não deve ser considerada inevitável ou produto da "natureza humana". Sabemos o suficiente para saber que a falta de interesse é muitas vezes resultado de educação inadequada, percepção de impotência, alternativas insatisfatórias ou uma crença de que as coisas não podem realmente ser mudadas. A indiferença à política é frequentemente produzida por informações insuficientes, os custos de obter mais conhecimento, baixa escolaridade ou, mais genericamente, um status quo injusto. (SUNSTEIN, 1993, p. 20).

Uma **teoria constitutiva da liberdade de expressão**<sup>31</sup> entende que ideias “odiosas” são justamente as sujeitas à proteção da liberdade de expressão:

It is the central, defining, premise of freedom of speech that the offensiveness of ideas, or the challenge they offer to traditional ideas, cannot be a valid reason for censorship; once that premise is abandoned, it is difficult to see what free speech means” (DWORKIN, 1996, P. 206)<sup>32</sup>.

Por isso, a ofensividade ou o desafio de determinadas ideias às ideias tradicionais não podem ser uma razão válida para a censura, uma vez que, abandonada a premissa da teoria constitutiva, seria difícil definir o que significa liberdade de expressão, pois

freedom, the [Supreme] court said, “constitutes one of the essential foundations of a democratic society...It is applicable not only to “information” or “ideas” that are favorably received or regarded as inoffensive...but also to those that offend, shock or disturb. Such are the demands of that pluralism, tolerance and broadmindedness without which there is no “democratic society”. In other words, as Justice Oliver Wendell Holmes Jr. of the United States Supreme Court said, “freedom for the thought that we hate” (LEWIS, 2007, P. xiv )<sup>33</sup>.

Lewis defende o argumento de caráter constitutivo que, para os fins deste trabalho, o vincula à Dworkin e a Marmor, afirmando que a liberdade de expressão é uma das bases fundamentais da sociedade democrática, aplicando-se não só a ideias ou informações que são inofensivas ou bem recebidas, mas também àquelas que ofendem e chocam ou perturbam. A liberdade de expressão de ideias que o governo rejeita ou, de acordo com Holmes, “odeia”, serviu por exemplo para levar juízes a tomar decisões que refletiriam na qualidade de vida da sociedade americana:

Many of the great advances in the quality – the decency – of American society were initiated by judges: on racial justice, on respect for the equal humanity of women and homosexuals, on freedom of speech itself. Every one of such steps exposed judges to bitter words and, sometimes, physical danger. (LEWIS, 2007, P. 187 )<sup>34</sup>.

---

<sup>31</sup> Ronald Dworkin (1996) classifica as teorias da liberdade de expressão em dois grupos, a saber, as teorias instrumentais, que defendem a liberdade de expressão pelo seu resultado, e as constitutivas, que a defendem por questões de princípios de natureza moral ou política. Tanto ele quanto nós adotamos este último ponto de vista

<sup>32</sup> É a premissa central e definidora da liberdade de expressão que a ofensividade das ideias, ou o desafio que elas oferecem às ideias tradicionais, não pode ser uma razão válida para a censura; uma vez que essa premissa é abandonada, é difícil ver o que significa liberdade de expressão. (DWORKIN, 1996, p. 206).

<sup>33</sup> Essa liberdade, disse a [Suprema] Corte, “constitui um dos fundamentos essenciais de uma sociedade democrática ... Ela é aplicável não apenas a “informações ”ou“ ideias ”que são recebidas favoravelmente ou consideradas inofensivas... mas também àquelas que ofendem, chocam ou perturbar. Tais são as exigências desse pluralismo, tolerância e amplitude sem que não exista uma “sociedade democrática”. Em outras palavras, como disse o juiz Oliver Wendell Holmes Jr., da Suprema Corte dos Estados Unidos, “liberdade de pensamento que odiamos” (LEWIS, 2007, p. xiv).

<sup>34</sup> Muitos dos grandes avanços na qualidade - a decência - da sociedade americana foram iniciados pelos juízes: sobre a justiça racial, sobre o respeito pela igualdade de gênero entre mulheres e homossexuais, sobre a liberdade de expressão em si. Cada um desses passos expunha os juízes a palavras amargas e, às vezes, perigo físico. (LEWIS, 2007, p. 187).

Para Sunstein, a exposição pública de ideias controversas é necessária a uma “apropriada diversidade de visões”. Segundo o autor,

What count as an appropriate diversity is of course controversial. I suggest only that a broad spectrum of opinion must be represented, that people must be allowed to hear sharply divergent views, and that it is important to find not merely the conventional wisdom and the reasons that can be offered on its behalf, but also challenges to the conventional wisdom from a variety of different perspectives. People should see, for example, that there are strong arguments for and against affirmative action policies, for and against a constitutional right to abortion, for and against government funding of the arts, for and against aggressive government action to combat certain environmental risks. (SUNSTEIN, 1993, p. 22)<sup>35</sup>.

Para Sunstein, sempre existirá uma controvérsia em relação ao que constitui “diversidade apropriada”, e é exatamente por isso que amplo espectro de opiniões deve ser representado: Deve-se permitir que as pessoas ouçam visões divergentes, e é importante desafiar o conhecimento convencional com uma variedade de perspectivas diferentes. Por isso é importante que o governo não suprima a opinião dissidente para a legitimidade do sistema de deliberação pública:

It is important that government does not suppress dissident views. It is also important to ensure not merely that diversity is available, but also that a significant part of the citizenry is actually exposed to diverse views about public issues. As part of this requirement, no group of citizens should be deprived of exposure to diverse views because of its race or economic stats. Without broad exposure, or with selective limits on available information, public deliberation will be far less successful (...) if everyone thinks the same thing, there will be too few alternatives to allow for genuine discussion. (SUNSTEIN, 1993, p. 22)<sup>36</sup>.

Por isso é importante não apenas garantir que a diversidade de visões seja garantida, mas também que uma parte significativa dos cidadãos esteja realmente exposta a visões diversas sobre assuntos de interesse público. Uma parte dessa exigência é que nenhum grupo de cidadãos deva ser privado da exposição à diversidade em razão de nenhum marcador social, como raça e status econômico.

Sunstein afirma que, sem uma exposição à diversidade de visões, aqueles com **limitações seletivas das informações disponíveis** à deliberação pública terão menos sucesso na sua capacidade de interferir no debate e na formação da opinião pública,

---

<sup>35</sup> O que conta como uma diversidade apropriada é obviamente controverso. Sugiro apenas que um amplo espectro de opiniões deve ser representado, que se deve permitir que as pessoas ouçam visões muito divergentes, e que é importante encontrar não apenas a sabedoria convencional e as razões que podem ser oferecidas em seu nome, mas também os desafios. Para a sabedoria convencional a partir de uma variedade de perspectivas diferentes. As pessoas devem ver, por exemplo, que existem fortes argumentos a favor e contra as políticas de ação afirmativa, a favor e contra o direito constitucional ao aborto, a favor e contra o financiamento governamental das artes, a favor e contra ações governamentais agressivas para combater certos riscos ambientais. (SUNSTEIN, 1993, p. 22).

<sup>36</sup> É importante que o governo não suprima as visões dissidentes. Também é importante assegurar não apenas que a diversidade esteja disponível, mas também que uma parte significativa dos cidadãos esteja, de fato, exposta a diversas visões sobre questões públicas. Como parte deste requisito, nenhum grupo de cidadãos deve ser privado de exposição a diversos pontos de vista por causa de sua raça ou estatísticas econômicas. Sem ampla exposição, ou com limites seletivos sobre a informação disponível, a deliberação pública será bem menos bem sucedida (...) se todos pensarem a mesma coisa, haverá poucas alternativas para permitir uma discussão genuína. (SUNSTEIN, 1993, p. 22).

pois, se todos pensarem do mesmo modo, haverá poucas alternativas para uma discussão genuína.

Diante do exposto, é necessária a adoção de um princípio geral de acordo com os postulados liberais, que proteja contra o sistema de liberdade de expressão da censura autoritária com base em um ponto de vista.

Ao regular o discurso, a livre expressão e a imprensa, o Estado deve manter a neutralidade, assim como no postulado de John Milton, mantendo-se longe da batalha, e não favorecendo um ou outro lado do debate.

## O PRINCÍPIO DA NEUTRALIDADE DE CONTEÚDO

A discriminação com base em um ponto de vista ocorre quando o governo deliberadamente toma partido de uma das posições do debate, passando a restringir a expressão de outros pontos de vista, passando a renunciar ao princípio da neutralidade moral que caracteriza o direito moderno e que o conecta a uma perspectiva democrática que vê no povo a sede da Soberania (Galuppo, 2001 e 2016). No entanto, o Estado deveria ser neutro quanto ao conteúdo dos discursos. Para Owen Fiss, há um “principle of content neutrality, which prohibits the State from regulating speech on the basis of what is being said”<sup>37</sup>. (FISS, 1996, p. 19) Tal princípio:

bars the State from trying to control the people’s choice among competing viewpoints by favoring or disfavoring one side in a debate. So understood, the principle has powerful appeal and can be profitably applied in many contexts. The abortion protests of the modern day provide one. It would violate democratic principles for the state to adopt a rule protecting parades and demonstrations by those who favor the right to abortion while clamping down on “pro-life” forces. On the other hand, content neutrality is not an end in itself and should not be reified. The principle responds to some underlying concern that the state might use its power to skew debate in order to advance particular outcomes, and this purpose should always be kept in mind. (FISS, 1996, p. 21)<sup>38</sup>.

No mesmo sentido, Cass Sunstein afirma que existe uma presunção de ilegitimidade das restrições com base em pontos de vista do governo, compreendida como um esforço governamental para filtrar razões:

When government regulates content, there is a large risk that the restriction really stems from something illegitimate: an effort to foreclose a controversial viewpoint, to stop people from being offended by certain topics and views,

---

<sup>37</sup> Princípio de neutralidade de conteúdo que proíbe o Estado de regular o discurso com base no que está sendo dito.

<sup>38</sup> O princípio da neutralidade de conteúdo impede que o estado tente controlar a escolha das pessoas entre pontos de vista concorrentes, favorecendo ou desfavorecendo um lado em um debate. Assim, entendeu que o princípio tem um apelo poderoso e pode ser aplicado de forma lucrativa em muitos contextos. Os protestos do aborto nos dias de hoje fornecem um. Violaria os princípios democráticos para que o Estado adote uma regra que proteja os desfiles e as manifestações dos que defendem o direito ao aborto, reprimindo as forças “pró-vida”. Por outro lado, a neutralidade de conteúdo não é um fim em si e não deve ser reificada. O princípio responde a alguma preocupação subjacente de que o Estado possa usar seu poder para distorcer o debate a fim de promover resultados específicos, e esse objetivo deve ser sempre mantido em mente. (FISS, 1996, p. 21). (Tradução).

or to prevent people from being persuaded by what others have to say. (SUNSTEIN, 1993, p. 170)<sup>39</sup>.

Um ato do poder público que regule o conteúdo de forma ilegítima com base em um ponto de vista é censura, assim como é censura impedir a manifestação de expressões controversas, silenciar um assunto ou uma visão de mundo e impedir que se desafiem pontos de vista pelo discurso.

Sobre a capacidade de a censura impactar o debate público, Fiss afirma a importância de que seja possível ouvir “mais do que um lado da história”:

Of course, any regulation of debate is likely to have an impact upon the public’s final decision on a policy issue; any regulation of process is likely to affect outcome. Hearing two sides of a debate may well produce a decision different from that arrived at if only one side is heard. (FISS, 1996, p. 22)<sup>40</sup>.

É claro que a regulação do debate torna provável algum impacto na opinião pública sobre uma questão de interesse público, mas a simples supressão de um ponto de vista pode ser capaz de produzir uma opinião pública distinta daquela produzida em um debate onde o princípio da neutralidade de conteúdo é respeitado.

Para Cass Sunstein, em um sistema de “governo pela discussão”, as preferências e crenças privadas não são tomadas como fixas e estáticas, porque

In this system of “government by discussion”, private preferences and beliefs are not taken as fixed and static. What people now prefer and believe may be a product of insufficient information, limited opportunities, legal constraints, or unjust background conditions. (SUNSTEIN, 1993, p. 19)<sup>41</sup>.

Stuart Mill afirmava que, por isso, o próprio poder de censura é em si mesmo ilegítimo, e o silenciamento da opinião dissidente é peculiarmente ruim:

If all mankind minus one were of one opinion, and only one person were of the contrary opinion, mankind would be no more justified in silencing that one person, than he, if he had the power, would be justified in silencing mankind (...) But the peculiar evil of silencing the expression of an opinion is, that it is robbing the human race; posterity as well as the existing generation; those who dissent from the opinion, still more than those who hold it. If the opinion is right, they are deprived of the opportunity of exchanging error for truth: if wrong, they lose, what is almost as great a benefit, the clearer perception and livelier impression of truth, produced by its collision with error. (MILL, 2001, p. 18-9)<sup>42</sup>.

<sup>39</sup> Quando o governo regula o conteúdo, há um grande risco de que a restrição realmente decorra de algo ilegítimo: um esforço para impedir um ponto de vista controverso, impedir que as pessoas se ofendam por certos tópicos e pontos de vista ou impedir que as pessoas sejam persuadidas dizer. (SUNSTEIN, 1993, p. 170). (Tradução).

<sup>40</sup> É claro que qualquer regulamentação do debate provavelmente terá um impacto sobre a decisão final do público sobre uma questão política; qualquer regulamentação do processo provavelmente afetará o resultado. Ouvir dois lados de um debate pode muito bem produzir uma decisão diferente daquela que chegou se apenas um lado for ouvido. (FISS, 1996, p. 22). (Tradução).

<sup>41</sup> Nesse sistema de “governo por discussão”, preferências e crenças privadas não são tomadas como fixas e estáticas. O que as pessoas agora preferem e acreditam pode ser um produto de informações insuficientes, oportunidades limitadas, restrições legais ou condições de fundo injustas. (SUNSTEIN, 1993, p. 19).

<sup>42</sup> Se toda a humanidade, menos um, tiverem uma opinião e apenas uma pessoa tiver a opinião contrária, não haveriam mais justificativas para que a humanidade pudesse silenciar essa uma pessoa do que se está pessoa tivesse poder, haveriam justificativas para silenciar a humanidade. O peculiar mau do

No contexto do discurso, e de sua relação com a autoridade e a liberdade, é necessária uma definição a ideia de neutralidade que consubstanciará a definição de um princípio de neutralidade de conteúdo. Nesse sentido, explica Fiss,

neutrality means that the State does not lend itself to one side of a debate over another. The people, not the State, should choose among competing viewpoints, and their choice should not be manipulated by the state by skewing public debate in some special way. (FISS, 1996, p. 24)<sup>43</sup>.

Por isso Sunstein afirma que sempre que o governo regular a expressão com base em um ponto de vista, o fará por razões reprováveis, tornando a regulação censurável:

When government regulates on the basis of viewpoint, it will frequently be acting for objectionable reasons. In individual cases, we will sometimes have trouble in deciding whether such reasons are at work; but whenever there is viewpoint discrimination, we know enough to presume that objectionable reasons are operating. The presumptive invalidity of viewpoint-based restrictions can be understood as an effort to “filter out” illegitimate reasons. Most such restrictions are difficult to support on sufficiently neutral grounds.

(SUNSTEIN, 1993, p. 169)<sup>44</sup>.

São limitadas as circunstâncias em que a presunção de ilegitimidade da censura com base em ponto de vista pode ser superada, afirma Sunstein (1993, p. 170). Estas circunstâncias ocorrem quando não existe um risco de motivação ilegítima por parte do governo, quando o discurso regulado não é protegido pelo sistema de liberdade de expressão ou é um discurso de “baixo valor” para o debate público, quando o efeito da regulação em relação ao sistema de liberdade de expressão é mínimo e ainda, quando o governo possa realmente demonstrar o “prejuízo” do discurso. Mas, pergunta-se, como identificar a ausência de risco de motivação ilegítima por parte do governo sem recorrer a critérios morais subjetivos para isso? E que valores avaliam o que é o discurso de baixo valor? Ainda que soe sensata, a limitação elencada por Sunstein é inaplicável na prática.

Quando o Estado viola o princípio da neutralidade de conteúdo para limitar a liberdade de expressão, o escrutínio dessa ação caberá ao judiciário, porque se encontra distante e resguardado da disputa política:

This danger must be confronted and dealt with directly. Those in charge of designing institutions should place the power to regulate content – to act as a parliamentarian – in agencies that are removed from the political fray. It is

---

silenciamento da expressão de uma opinião é que rouba a humanidade: tanto a posteridade quanto a geração existente. Aqueles que detém uma opinião dissidente ainda mais. Se a opinião é correta, estão privados da oportunidade de trocar o erro pela verdade. Se errada, o que seria tão benéfico quanto, privados da clara percepção e impressão da verdade, produzida por sua colisão com o erro. (MILL, 2001, p. 18-9).

<sup>43</sup> No contexto do discurso, a neutralidade significa que o estado não se presta a um lado de um debate sobre outro. As pessoas, e não o Estado, deveriam escolher entre pontos de vista concorrentes, e sua escolha não deveria ser manipulada pelo Estado, distorcendo o debate público de alguma maneira especial. (FISS, 1996, p. 24).

<sup>44</sup> Quando o governo regula com base no ponto de vista, frequentemente estará agindo por razões objetáveis. Em casos individuais, às vezes teremos dificuldade em decidir se tais razões estão operando; mas sempre que há discriminação de ponto de vista, sabemos o suficiente para presumir que razões objetáveis estão operando. A presunção de invalidez das restrições baseadas em pontos de vista pode ser entendida como um esforço para “filtrar” razões ilegítimas. A maioria dessas restrições é difícil de sustentar por motivos suficientemente neutros. (SUNSTEIN, 1993, p. 169).

never a good idea to choose to chair a meeting someone who is keenly invested in one outcome. In addition, a heavy burden of scrutinizing the State's action should fall to the judiciary, especially because it stands apart from the political fray. In discharging this task, the judiciary should not look at the motive – stated or otherwise – for the action but must carefully determine what the overall effect of the state regulation is upon public debate. The court must ask itself: Will the regulation actually enhance the quality of debate, or will it have the opposite effect? (FISS, 1996, p. 24)<sup>45</sup>.

Fiss afirma que, ao cumprir essa tarefa, o judiciário não deve olhar para o motivo - declarado ou não - para a ação de censura, mas deve determinar com cuidado qual é o efeito geral da regulação estatal sobre o debate público. O tribunal deve se perguntar: a regulação realmente aumentará a qualidade do debate, ou terá o efeito oposto?

Dentro de uma concepção democrática de liberdade e igualdade, caberá ao povo, dentro do debate público, a partir de informações livres e completas, alterar ou não a sua concepção.

## CONCLUSÃO

A ideia de censura surge nos postulados filosóficos dos sistemas autoritários de regulação da sociedade e da expressão do discurso, para os quais a imprensa é uma serva do Estado, e a verdade é o produto do esforço mental de alguns homens sábios. Nesses sistemas, Estado e Igreja funcionam como instituições reguladoras da verdade e, portanto, da imprensa.

As regulações autoritárias da expressão e da imprensa utilizam métodos de restrição do discurso que partem da licença anterior (patentes), da permissão individual de divulgação de materiais impressos (que veio a ser conhecida como censura, e seus operadores governamentais, como censores), a perseguição judicial e taxaço indireta de forma a regular e restringir a liberdade de expressão e liberdade de imprensa em pontos de vista dissidentes.

A existência de interesses contrapostos dentro das próprias instituições de poder, e entre elas e a imprensa e a sociedade, a proliferação do número de materiais impressos, a inconformidade da sociedade em relação à censura e a relativização do poder da Igreja e do Estado nos períodos das revoluções burguesas culminaram no surgimento e adesão pelos Estados a um conjunto de postulados principiológicos oposto ao autoritário, que foi denominado **liberal**.

Os postulados liberais reinterpretam a relação entre autoridade, sociedade e imprensa, atraindo para o indivíduo e para a imprensa a responsabilidade e o direito de buscar a verdade, o que relativiza a posição do povo frente à autoridade. A função da imprensa deixa de ser servir à autoridade e passa a ser **checar** sua atividade. Em um

---

<sup>45</sup> Esse perigo deve ser enfrentado e tratado diretamente. Aqueles encarregados de projetar instituições devem colocar o poder de regular o conteúdo - para atuar como um parlamentar - em agências que são retiradas da disputa política. Nunca é uma boa ideia escolher presidir uma reunião quem seja profundamente investido em um resultado. Além disso, um pesado fardo de escrutínio da ação do Estado deve recair sobre o judiciário, especialmente porque se distingue da disputa política. Ao cumprir essa tarefa, o Judiciário não deve olhar para o motivo - declarado ou não - para a ação, mas deve determinar cuidadosamente qual é o efeito geral da regulação estatal sobre o debate público. O tribunal deve se perguntar: o regulamento realmente aumentará a qualidade do debate, ou terá o efeito oposto? (FISS, 1996, p. 24).

sistema de livre expressão de pensamento, o Estado passa a ter o dever de garantir a igualdade política das formas de expressão e a possibilidade de informação ampla e adequada sobre os assuntos de interesse público.

O Estado que é regido por postulados mais liberais que autoritários deve garantir a liberdade de expressão e de imprensa pelo Direito, porque deve apostar em que o debate público apresentará melhores resultados em um ambiente de discussão livre, reconhecendo a igualdade política de todos, apoiadores e dissidentes.

Pontos de vista dissidentes e divergentes, considerados odiosos pelo poder central, desafiam o conhecimento convencional, a opinião. Essas ideias constituem os principais objetos de uma ideia de proteção da liberdade de expressão e liberdade de imprensa.

O desejo de permanecer no poder leva o Estado a manipular a opinião pública, a filtrar as informações relevantes para a sociedade, a duvidar do juízo popular, a impedir conclusões, a privilegiar ou a restringir um ponto de vista, a censurar, tendo seus fundamentos em postulados autoritários.

A ausência de manipulação estratégica, o reconhecimento da igualdade política dos indivíduos, a possibilidade de informação ampla e livre, o reconhecimento da autonomia do ouvinte são pressupostos de um sistema democrático que reconheça a igualdade política de seus indivíduos e os direitos à liberdade de expressão e liberdade de imprensa.

Deve ser reconhecida a capacidade de a sociedade escolher por si mesma (ou seja, por seus cidadãos) e não por meio do Estado, entre o certo e o errado, o bom e o mau, a partir do acesso ilimitado a ideias e pensamentos de outros indivíduos em um sistema de expressão e imprensa livres. Para tanto, o governo deve manter-se “fora da batalha”, como dizia Milton. O governo não pode favorecer ou desfavorecer, no debate público, um ou outro lado do debate. O que se requer é uma posição de neutralidade do governo, em um ambiente onde todos os pontos de vista encontram liberdade para afetar e direcionar o debate público, que respeite o pluralismo de pontos de vista “em ambiente plural e diverso, nos quais todos podem receber e acessar os meios de informação sem qualquer discriminação” (CAMURÇA; CORREIA, 2012, p. 49).

O que um governo autoritário faz é discriminar um lado do debate público com base no **ponto de vista** da autoridade. A ideia de que um princípio da neutralidade deve reger a atividade da autoridade frente ao discurso (individual ou da imprensa) representa uma preocupação geral e abstrata com a (i)legitimidade de formas de restrição com base em ponto de vista.

O ato do poder público que regule o conteúdo de forma ilegítima com base em um ponto de vista é chamado de censura, assim como é censura impedir a manifestação de expressões controversas, silenciar um assunto ou uma visão de mundo e impedir que haja o desafio a pontos de vista pelo discurso.

A regulação autoritária do debate impacta a opinião pública para um lado ou para o outro e retira a autonomia de um “governo pela discussão”, minando, portanto, sua legitimidade. Por isso o Estado deve abster-se de manipular a opinião pública com base

em **ponto de vista**. Dentro de uma democracia, caberá ao povo, em um debate amplo e livre, alterar, ou não, suas concepções.

## REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Joana Lopes. *O poder da palavra impressa: sua difusão e seu controle*. Universidade Federal do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro. 2010.

CAMURÇA, Eulália Emiliano Pinho; CORREIA, Thereza Raquel Couto Correia. A liberdade de expressão nas novas democracias latino-americanas: Um olhar a partir dos direitos humanos. *Revista Nomos do Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará*. Fortaleza, p. 43 a 62, 01/2012.

DWORKIN, Ronald. *Freedom's Law. The Moral Reading of the American Constitution*. 2ª Ed. Harvard University Press. 1996.

DWORKIN, Ronald. Preface. In HARE, Ivan; WEINSTEIN, James. *Extreme Speech and Democracy*. Oxford University Press. 2009.

FISS, Owen M. *The Irony of Free Speech*. Harvard University Press. 1996.

GALUPPO, Marcelo Campos. Constitutional Hermeneutics and Pluralism. In SOETEMAN, Arend. *Pluralism and Law: Proceedings of the 20<sup>th</sup> IVR World Congress*. Frankfurt a.M: Franz Steiner Verlag, 2001. P. 131 a 138.

GALUPPO, Marcelo Campos. How Law Replaced Morals. *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, vol. 102, n. 2, p. 202-221, 2016.

LEWIS, Anthony. *Freedom For The Thought That We Hate: A Biography Of The First Amendment*. Basic Books. 2007

MARMOR, Andrei. Two Rights of Free Speech. In: *Ratio Juris*. Vol. 31. No. 2 June 2018 (139-15). 2018.

MILL, John Stuart. *On Liberty*. Batoche Books. Kitchener. 2001.

MILTON, John. *Areopagitica*. The Project Gutenberg. 1996.

PLATÃO. *A República*. 6 ed. trad. Maria Helena da Rocha Pereira. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1990. (Textos Clássicos).

ROCHA JUNIOR, Fernando Caetano. *Liberdade de expressão e liberdade acadêmica para a educação sobre gênero e diversidade sexual*. Dissertação (mestrado). Orientador: Marcelo Campos Galuppo. Universidade Federal de Minas Gerais. 2019.

SANTA SÉ. *Codex iuris canonici: O código de direito canônico em português*. 4ª edição. 1983. Disponível em < [http://www.vatican.va/archive/cod-iuris-canonici/portuguese/codex-iuris-canonici\\_po.pdf](http://www.vatican.va/archive/cod-iuris-canonici/portuguese/codex-iuris-canonici_po.pdf) > . Acesso em Outubro de 2017.

SIEBERT, Fred S. *Four theories of the press. The authoritarian, libertarian, social responsibility and soviet communist concepts of what press should be and do*. University of Illinois Press. 1974.

SUNSTEIN, Cass R. *Democracy and the problem of free speech*. Free Press. 1993.

WALDRON, Jeremy. *The Harm in Hate Speech*. Harvard University Press. 2012.

ZAID, Gabriel. *Livros demais!:* Sobre ler, escrever e publicar. São Paulo: Summus, 2004





# A INDIGNAÇÃO POLÍTICA E A INDIGNAÇÃO EPISTÊMICA: CONVERGÊNCIAS E DIFERENÇAS<sup>1</sup>

*Raquel Coelho de Freitas<sup>2</sup>*

## RESUMO

Este artigo busca compreender a indignação dos protestos políticos ocorridos em várias partes do mundo entre 2011-2013, em sua base analítica e política, com suas características, objetivos, e sua relação com a teoria crítica e com o direito, e como ela se aproxima ou se distancia da indignação encontrada nos pesquisadores da academia que investigam temas jurídicos afins. Em um propósito mais amplo, busca refletir sobre a influência ou papel que a indignação exerce no processo de construção do conhecimento sobre os direitos dos grupos minoritários e/ou pessoas com cidadanias fragilizadas. Para isso, utiliza-se o referencial teórico sociojurídico de Boaventura de Sousa Santos sobre a indignação, bem como o das epistemologias do Sul, e suas aproximações e diferenças teóricas e metodológicas à indignação epistêmica. Seriam as diferenças substanciais? Os ambientes em que se manifestam as indignações políticas e epistêmicas trazem alguma influência sobre os manifestantes políticos e os pesquisadores? E como canalizam suas indignações para as instituições e para o direito? A diferença está em conceitos diferenciados que cada grupo possa ter sobre a indignação, ou no modo como ela é expressada nas manifestações políticas e na academia? Para o modelo de ciência atual, a indignação epistêmica estaria presente em toda a construção do conhecimento sobre o direito das minorias, ou seria identificada apenas como um pré-conhecimento reconhecido pelas Epistemologias do Sul? Sem pretensão de esgotar as respostas nessas reflexões preliminares, o trabalho divide-se em três partes: na primeira, procura-se identificar as características da indignação política nos protestos e sua repercussão na indignação epistêmica; na segunda, há uma breve reflexão sobre a relação das revoltas de indignação e da indignação epistêmica com a teoria crítica e o direito; e, na terceira, busca-se uma aproximação da indignação epistêmica a uma convergência de sentidos com as Epistemologias do Sul. Dentre as conclusões alcançadas, compreende-se que quando a indignação chega à academia, parece estar relacionada tanto aos processos e práticas políticas e jurídico-institucionais que envolvem os grupos minoritários, quanto à aparente incapacidade do pesquisador em traduzir esses processos em conhecimentos válidos, e com potencial transformador da realidade dos sujeitos investigados.

<sup>1</sup> A indignação como teoria sociojurídica dos protestos sociais é encontrada em: SANTOS, Boaventura de Sousa. "Towards a socio-legal theory of Indignation". In: **Law's ethical, global, and theoretical contexts: essays in honour of William Twining**, Edited by Upendra Baxi, Christopher McCrudden, and Abdul Paliwala. Cambridge: Cambridge University Press, 2015.

<sup>2</sup> Professora Associada da Universidade Federal do Ceará, Pesquisadora do Centro de Estudos Sociais da Universidade de Coimbra. Doutora em Direito Público pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ. Mestre em Direitos Humanos Internacionais pela *Harvard Law School*. Pesquisadora-visitante da *Harvard Law School* onde desenvolveu pesquisas sobre imigrantes ilegais e refugiados políticos. Estagiou no Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados em Genebra, Suíça.

**PALAVRAS-CHAVE:** Indignação epistêmica. Protestos sociais. Conhecimento. Emoção. Direito.

## **THE RESSIGNIFICATION OF HUMAN RIGHTS: DECOLONIZING ART, POTENTIATING IMAGINARIES**

### **ABSTRACT**

This article seeks to understand the emotion of indignation of political protests in various parts of the world between 2011-2013, in its analytical and political basis, with its characteristics, objectives, and its relation to critical theory and law, and how it approaches or distances itself from the indignation found in academy researchers who investigate related issues. In a broader purpose, it seeks to reflect on the influence or role that indignation exerts in the process of building knowledge about the rights of minority groups and / or people with weakened citizenship. For this, the socio-legal theoretical framework of Boaventura de Sousa Santos on the indignation is used, as well as the epistemologies of the South, in order to understand the theoretical and methodological differences to the epistemic indignation. Are the differences substantial? Do environments in which political and epistemic indignation manifest influence on political demonstrators and researchers? And how do they channel their indignation to institutions and to law? Is the difference in differentiated concepts that each group may have of indignation, or in the way it is expressed in political manifestations and academy? For the current science model, would epistemic indignation be present in the whole construction of knowledge, or would it be present only as a pre-knowledge recognized by Southern Epistemologies? Without pretension to exhaust the answers in these preliminary reflections, the work is divided in three parts: in the first one, where one tries to identify the characteristics of the political indignation in the protests and its repercussion in the epistemic indignation; in the second, there is a brief reflection on the relation of the revolts of indignation and of the epistemic indignation with the critical theory and the right. And, in the third part, one seeks an approach of epistemic indignation to a convergence of meanings with the Epistemologies of the South. Among the conclusions, it is understood that when the indignation reaches the academy, it seems to be related to both the political and legal-institutional processes and practices involving minority groups, and to the apparent inability of the researcher to translate these processes into valid knowledge, and with transformative potential of the reality of the investigated subjects.

### **Keywords**

epistemic indignation. social protest. knowledge. emotion. law.

## **1 INTRODUÇÃO**

A indignação tem sido uma emoção amplamente associada a um ´estado de coisas´ que submete as pessoas a situações de violação da sua dignidade.<sup>3</sup> Talvez por esse motivo, ganhe mais evidência nas manifestações sociais e políticas que resistem a essa situação e lhe atribuem bastante notoriedade por acontecerem nos espaços públicos.<sup>4</sup> No seu artigo *“Towards a social-legal theory of indignation”*<sup>5</sup>, Boaventura de Sousa Santos ressalta as principais concepções do direito e o seu potencial transformador que

---

<sup>3</sup> Ibidem

<sup>4</sup> Alguns trabalhos publicados sobre essa temática: SANTOS, Boaventura de Sousa, 2015; HESSEL, Stéphane. **Indignez-vous!**. Paris: Éditions de Paris, 2011; **Indignados**, CHOMSKY, Noam (Org.). Madrid: Bolas de Cristal, 2012; DUSSEL, Enrique. **Carta a los Indignados**. México: La Jornada Ediciones, 2011; SANTOS, Boaventura de Sousa (Org.). **Revueles de indignación y otras conversas**. La Paz: Proyeto Alice/Stigma, 2015; GOMES, Luiz Flávio. **Por que estamos indignados?:** das barbáries dos poderes à esperança de civilização, justiça social e democracia digital. SP: Saraiva, 2013. Coleção Saberes Críticos, e outros.

<sup>5</sup> SANTOS, Boaventura de Sousa. Op. cit.

estavam implícitos nos protestos sociais ocorridos em várias partes do mundo, no período entre 2011-2013. O autor não reconhece nesses protestos as características de movimentos, mas os compreende como presenças coletivas mobilizadas pela indignação contra um ‘estado de coisas’ injusto, motivo pelo qual lhes atribui a designação geral de revoltas de indignação. E procura refletir sobre como as revoltas de indignação relacionam-se com as instituições, em particular, com o direito.<sup>6</sup>

A indignação foi uma expressão encontrada pelo autor em todos os protestos sociais, ainda que muitos deles tivessem genealogias diferenciadas. Seu significado mais amplo é político, daí a grande dificuldade de se encontrar o tema da indignação fora da literatura sobre movimentos ou protestos sociais, ou mesmo da Filosofia política. Em todas essas abordagens, a indignação vem caracterizar um estado de coisas injusto, que priva as pessoas de sua dignidade humana e cidadã mais básica.<sup>7</sup> Neste esteio se manifesta Spinoza, ao afirmar que “*pertence menos ao direito da cidade, aquilo que provoca a indignação da maioria*”.<sup>8</sup> A sua filosofia política considera a indignação uma emoção de raiva que se expressa nas pessoas sempre que são confrontadas com algo errado, não legítimo, quer esteja legalmente estabelecido ou não. Por este mesmo motivo, Boaventura entende que não há indignação sem a crença de que alguém tenha sido injustiçado. Quer como emoção ou manifestação política, há, em todas as revoltas sociais, um registro da presença da ética em um contexto de paixões e razões contra as situações de injustiças.<sup>9</sup>

Além desse ambiente público de lutas políticas, a indignação também é encontrada na academia, no processo de produção do conhecimento sobre o direito de grupos minoritários, sobre os quais se reconhece o lugar de fragilidade socioeconômica, subalternidade histórica e sub-representação política, inseridas em vulnerabilidades propícias às muitas modalidades de violências, as quais nem sempre são observadas pelas epistemologias dominantes, positivistas ou neopositivistas, ainda atuantes nas ciências jurídicas, ou mesmo em outras ciências afins. A partir desse lugar em que se encontram, tanto a ciência jurídica positivista como a neopositivista parecem ser insuficientes para refletir sobre a classificação e a asseguaração dos direitos das minorias no contexto latino-americano. Principalmente, se considerado o ponto de inflexão democrático e político vivenciado por esses grupos, em face do qual as resistências políticas e intelectuais se firmam enquanto ferramentas cruciais na luta pela efetivação de direitos.

O projeto “*Direito Internacional das minorias e fortalecimento de cidadanias*” da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará, o qual congrega pesquisas sobre os direitos de vários grupos considerados minorias,<sup>10</sup> identificou nos pesquisadores a presença da indignação contra a realidade dos grupos minoritários ou o ‘estado de coisas’

---

<sup>6</sup> Ibid., p. 122.

<sup>7</sup> Ibid., p.122.

<sup>8</sup> SPINOZA, Baruch de. **Tratado de Política**. Tradução, introdução e notas de Diogo Pires Aurélio; Revisão de Homero Santiago. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 30.

<sup>9</sup> SANTOS, Boaventura de Sousa. Op. cit., p. 122.

<sup>10</sup> O Projeto **Direito das Minorias e Fortalecimento de cidadanias** tem cadastro no CNPq, e vem sendo implementado na pós-graduação da Faculdade de Direito da UFC desde 2016, desenvolvendo pesquisas sobre os direitos dos seguintes grupos: crianças, adolescentes e juventudes; raça e etnias, pessoas com deficiência física, refugiados, mulheres, no nível do mestrado e doutorado.

que os circunda. A indignação já estava presente em alguns pesquisadores antes mesmo de iniciar a pesquisa pela própria condição de sujeitos que trazem em si o conhecimento prático e/ou a vivência das realidades sociais e legais indignas, como se encontra exemplificada na narrativa da pesquisadora sobre os direitos indígenas: *“a indignação era inevitável diante de tantas violações de direitos ao longo da história. Roubam-lhe o direito à terra, a saúde, a educação...roubam-lhe o direito de existir! Não tinha como ver isso acontecer aqui tão perto da minha cidade e simplesmente me calar. Maior do que isso, porém, é o arrepio na pele na hora que o toré começa. Apesar das minhas limitações enquanto jovem pesquisadora, me sinto parte daquela batida e também quero “enterrar meu umbigo na terra!”*.<sup>11</sup> Do mesmo modo, surge no depoimento da investigadora sobre os direitos das crianças em situação de rua, quando indagada sobre sua experiência com os sujeitos investigados: *“no contato com os adolescentes que vivenciaram situação de rua, passei por momentos diversos de indignação: com o Estado, que não garante o direito à não ser de rua e os direitos fundamentais dessas crianças e adolescentes; com as famílias que não medem as consequências da degradação que é viver em situação de rua (ou pior - não ter mais família)”*.<sup>12</sup>

Em outros pesquisadores, a indignação manifestava-se à medida que o conhecimento sobre essas mesmas realidades ia sendo construído, como está ilustrada na fala do pesquisador sobre a constitucionalidade das cotas sociais e raciais no ensino superior: *“o processo de indignação com a realidade em que se encontra o objeto da pesquisa foi, provavelmente, o motor que a conduziu. Agora, a indignação central já era bem diferente da inicial. Percebi que, na verdade, a política de cotas estava colocando alunos em condições bem divergentes para concorrer entre si”*.<sup>13</sup> Como consequência, os pesquisadores antes tomados pelo desânimo e descrédito com a pesquisa científica, passaram a demonstrar um novo ânimo, quer pela identificação de si com os sujeitos investigados, quer pela consciência sobre o ‘estado de coisas’ indignas que os circunda. A indignação com esse ‘estado de coisas’ que viola os direitos dos grupos minoritários, tornou-se, assim, o *leitmotiv* do processo de conhecimento.

Se no início desse processo a indignação apresenta-se como emoção, no decorrer da pesquisa, ela transforma-se em um compromisso gestor e deliberativo da razão. Assim, a indignação caracteriza-se como uma emoção ou um compromisso deliberativo contra um estado de coisas injusto, que priva as pessoas de sua dignidade humana e exercício pleno de sua cidadania, e que está presente no processo de conhecer. Esse conhecimento começa nas lutas e práticas sociais, e é levado para a academia para ser aprimorado pelos investigadores indignados. Mas não apenas isso; não se trata apenas de um aprimoramento teórico ou metodológico. A motivação maior dos investigadores acadêmicos está na própria possibilidade de dar um sentido mais aprofundado ao conhecimento sobre a realidade dos sujeitos e, a partir daí, criar possibilidades concretas de reinterpretção e transformação dessa realidade, orientados pelos resultados objetivos de suas pesquisas.

É necessário esclarecer que a indignação na construção do conhecimento não se configura uma epistemologia onde toda a realidade estudada venha a ser explicada por

---

<sup>11</sup> Estes relatos foram apresentados no questionário aplicado aos integrantes do Projeto **Direitos das Minorias e Fortalecimento de Cidadania** em 2018, em forma de temas guiados, e contou com a participação de 13 dos 16 integrantes do projeto.

<sup>12</sup> Ibidem.

<sup>13</sup> Ibidem.

meio dela. Mas traz, sob a influência dessa emoção, observada empiricamente, a necessidade de se repensar o conhecimento posto, e expandi-lo a novas possibilidades teóricas e metodológicas de validação, onde a emoção tenha a sua relevância e participação no ato de conhecer científico, realizado no plano existencial do sujeito. Por isso, recebe o tratamento de indignação epistêmica.<sup>14</sup>

Embora nem todos os pesquisadores acadêmicos fossem participantes desses protestos políticos em espaço e tempo, a reação ao ´estado de coisas injusto ou indignante´ traz certa afinidade com a indignação dos manifestantes políticos pela própria condição de cidadania abissal<sup>15</sup> em que se encontram, e pelos conhecimentos comuns que são construídos nos dois contextos de indignação. Até mesmo porque o conhecimento sobre as injustiças sociais, assim como o direito, na sua grande parte, não começa na academia,<sup>16</sup> mas sim, por meio das denúncias oferecidas pelos movimentos sociais ou coletivos políticos insatisfeitos com essas situações, que acabam chegando à academia para conhecimento, análise e reinterpretção desses processos sociais e do direito.

Assim é que as diferenças nas manifestações das revoltas de indignação e da indignação epistêmica estão muito mais na maneira como se expressam, como objetivam o conhecimento e o constroem, canalizando essa emoção e conhecimento de volta para a sociedade e para as instituições estatais, do que nas causas e relações que lhes movem.

É possível que as experiências históricas, sociais e políticas vivenciadas ou apenas informadas aos pesquisadores tenham-lhes, do mesmo modo, causado indignação às realidades contestadas, e o fato de estarem do mesmo lado da linha abissal que os manifestantes, como se refere Boaventura, tenha-lhes trazido à consciência disto. Sim, porque em situações de indignação, não basta apenas a teoria informar que os sujeitos encontram-se do mesmo lado da linha abissal social, mas é necessário que tenham consciência desse lugar que ocupam, por quê o ocupam, e como podem reinterpretar relações e interações, espaço e tempo, e a norma jurídica para sair dele.

Para compreendermos como as relações e interações dos pesquisadores com os fatos que geraram as revoltas de indignação podem ter trazido essa emoção para dentro do processo de conhecimento acadêmico, faz-se importante observar que há, na construção desse conhecimento, muitas representações, reconhecimentos e interações nas ações dos pesquisadores, e destes com os sujeitos subjugados que favorecem essa aproximação. Fundamental neste processo é o reconhecimento não apenas de que o outro é também parte da mesma sociedade, e, portanto, parte de si, como também que

---

<sup>14</sup>Este é um termo alcinado a partir da pesquisa realizada por mim em estágio pós-doutoral, no Centro de Estudos Sociais da Universidade de Coimbra, para o projeto: “A indignação epistêmica: bases existenciais de validação do conhecimento”.

<sup>15</sup>O termo abissal foi utilizado por Boaventura para designar realidades sociais abruptamente distintas. A linha abissal é um conceito basilar subjacente às epistemologias do Sul. Não se refere a uma divisão geográfica, mas uma divisão radical, identificada na teoria de Boaventura, sobre formas desenvolvidas e formas coloniais de sociabilidades, que cria, conseqüentemente, dois mundos de dominação. O mundo desenvolvido encontra-se de um dos lados da linha abissal, enquanto o mundo colonial está do lado de cá. As implicações sobre esta divisão é real e recai sobre os modos de existir, de lidar com regulação e ordem, e sobre os modos de conhecer. Para uma discussão mais aprofundada sobre o tema vide: SANTOS, Boaventura de Sousa de. **O Fim do Império cognitivo**. Coimbra: Edições Almedina, 2018. p.47-56.

<sup>16</sup>ESCOBAR, Arturo. “Actores, redes e novos productores de conhecimento: os movimentos sociais e a transição paradigmática nas ciências”. In: Boaventura de Sousa Santos (Org.). **Conhecimento prudente para uma vida decente: um discurso sobre a ciência revisitado**. Porto: Edições Aforamento, 2003. p. 608.

pesquisador e sujeito podem fazer parte das mesmas relações políticas e das forças sociais que tensionam as estratificações e as identidades no seu meio, daí a importância da consciência do seu lugar na linha abissal. Desse modo, ao invés de fragilizar o processo de construção do conhecimento, devido às influências políticas, a indignação epistêmica, quando orientada por essas bases de reconhecimento das relações, interações, espaços e tempo, torna-se mais segura para uma averiguação mais aprofundada sobre os sujeitos e suas relações com o direito. Incluem-se, aqui, as identidades diferenciadas dos sujeitos por grupos e representações que auxiliem na condução crítica e objetiva desse processo de conhecer, reinterpretar e legitimar, ou de transformar as relações de poder na sociedade, nas quais o direito se aloca, e onde pesquisador e sujeito se encontram.

Além das relações e interações, os espaços e ambientes onde os pesquisadores interagem e desenvolvem suas relações políticas e pesquisas acadêmicas também são importantes nessa prática reinterpretaiva, por fornecerem subsídios práticos, empíricos e teóricos, capazes de lhes aumentar a confiabilidade no percurso do conhecimento a ser desenvolvido. O ambiente, com ou sem a intervenção dos pesquisadores, emite imagens, códigos e informações, e aqueles que as recebem, respondem a essas informações criando um ciclo de mensagens que combina o meio com as relações e com a produção do conhecimento. Por isso, tanto o conhecimento das relações de poder e subjugação dos grupos minoritários, bem como o reconhecimento de si no outro que está sendo subjugado são importantes na compreensão desses espaços e nas diferenças e semelhanças que promovem entre a indignação epistêmica e a das revoltas sociais. Assim, ainda que as experiências pessoais não tenham sido as mesmas nas manifestações sociais e na academia, a cognição sobre as suas causas pode revelar-se de modo semelhante em ambos os grupos de indignados, tornando a indignação um elo de interseção sobre eles, sobre os muitos conhecimentos práticos, empíricos e teóricos que constroem. Com isso, a indignação pode ser identificada no processo do conhecimento pelas teorias que trabalham com a emoção, com a ética, com o compromisso deliberativo político, e/ou com as teorias críticas do direito sobre os grupos minoritários ou sujeitos com cidadania fragilizada.

O objetivo desta breve reflexão não é analisar os protestos sociais, ou a própria teoria sociojurídica da indignação de Boaventura, nem mesmo desenvolver as teses epistêmicas acima apresentadas, que serão retomadas nos desdobramentos das ideias em trabalhos posteriores. Mas buscar compreender, em sua base analítica e política, como a indignação, nesses protestos, com suas características, objetivos, e sua relação com a teoria crítica e com o direito, se aproxima ou se distancia da indignação encontrada nos pesquisadores da academia que enfrentam temas afins. Em um propósito mais amplo, busca-se saber qual a influência ou papel que essa indignação exerce no processo de construção dos conhecimentos sobre os direitos dos grupos minoritários e/ou pessoas com cidadanias fragilizadas. E, por fim, será fundamental relacionar a indignação epistêmica às Epistemologias do Sul, por serem «*um conjunto de procedimentos que visam reconhecer e validar o conhecimento produzido, ou a produzir, por aqueles e aquelas que têm sofrido sistematicamente injustiças, opressão, dominação, exclusão, causadas pelo*

*capitalismo, pelo colonialismo e pelo patriarcado, os três modos de dominação moderna.»<sup>17</sup> Seriam as diferenças substanciais? Os ambientes em que manifestam suas indignações trazem alguma influência sobre os manifestantes políticos e os pesquisadores? E como canalizam suas indignações para as instituições e para o direito? A diferença está em conceitos diferenciados que cada grupo possa ter sobre a indignação, ou no modo como ela é expressada nas manifestações políticas e na academia? Para o modelo de ciência atual, a indignação epistêmica acompanharia todo o processo de desenvolvimento do conhecimento, ou estaria presente apenas como um pré-conhecimento reconhecido pelas Epistemologias do Sul? Sem pretensão de esgotar as respostas nessas reflexões preliminares, este trabalho desenvolve-se em três partes: a primeira, onde busca-se identificar as características da indignação política nos protestos e sua repercussão na indignação epistêmica; a segunda, em que há uma breve reflexão sobre a relação das revoltas de indignação e da indignação epistêmica com a teoria crítica e o direito. E, por fim, a terceira parte, onde tenta-se aproximar a indignação epistêmica a uma convergência de sentidos com as Epistemologias do Sul.*

## 2 AS CARACTERÍSTICAS DA INDIGNAÇÃO POLÍTICA NOS PROTESTOS E SUA REPERCUSSÃO NA INDIGNAÇÃO EPISTÊMICA

Boaventura caracteriza as revoltas de indignação a partir de alguns aspectos mais gerais que as desassocia do conceito de movimento social, o qual teria uma pauta definida, com início, meio e fim. São eles: extra-institucionalidade, organização mínima, espontaneidade de agregação, capacidade de se mover de uma demanda local para uma mais global, e, em geral, presença mais efêmera.<sup>18</sup> Quanto aos aspectos mais específicos, as mobilizações trazem um propósito de rejeitar, radicalmente, uma situação, um dado *status quo*, ou um estado de coisas que consideram violador da dignidade humana. Com isso, tendem a ser pontuais e momentâneas, direcionadas à causa principal da manifestação que pode ser local ou global, sem muita preocupação com resultados que possam alterar essa condição de injustiça contestada. Neste sentido, as revoltas da indignação estão muito mais inclinadas a clamar por rebelião ou revolta, do que a apresentar uma pauta construtiva de um futuro e uma sociedade melhor.<sup>19</sup>

Este é um dos motivos pelos quais a literatura política problematiza alguns casos de revoltas de indignação quanto à autenticidade desta emoção nos manifestantes, ou se ela seria objeto de manipulação nas pessoas como estratégia de realização de objetivos políticos, caso em que a força política da juventude seria crucial. Enquanto algumas causas são politicamente reais e indignantes e possuem pertinência com as demandas dos manifestantes, outras seriam construídas para o aproveitamento das massas e reações juvenis, com motivações apenas tangenciais aos seus interesses.<sup>20</sup> Embora este seja um aspecto de tensão nas lutas, para o propósito deste artigo, não há como se averiguar. Pode-se afirmar, no entanto, a importância da interação dos muitos grupos minoritários na luta, uma vez que a interseção dos conhecimentos de resistência

<sup>17</sup> SANTOS, Boaventura de Sousa. **Na Oficina do Sociólogo artesão**: aulas 2011-2016. Seleção, revisão e edição, Maria Paula Meneses e Carolina Peixoto. SP: Cortez, 2018, p.24.

<sup>18</sup> Idem, 2015, p. 122.

<sup>19</sup> Ibid., p. 123.

<sup>20</sup> SHARP, Gene. **From Dictatorship to Democracy**: a conceptual framework for liberation. Wales: Housmans Bookshop, 2011.

ou de transformação produzidos entre eles, quando compartilhados entre si, somente vem a fortalecer suas práticas políticas. Caso em que o conhecimento antes dialogado em suas múltiplas vertentes, torna-se uno por meio das muitas experiências e estratégias unificadas no conceito de luta.

Em relação a esses aspectos, a indignação epistêmica apresenta diferenças na modalidade dos espaços, ambientes e metodologias, uma vez que se manifesta institucionalmente, e é objetivada por meio de um projeto, com metas e bases teóricas definidas, onde o próprio modelo dominante de ciência cobra que todo o processo de conhecimento seja o mais isento possível de valores, emoções e subjetividades. Ocorre que a isenção destes critérios parece há muito superada, em particular, quando os valores e subjetividades estão presentes desde a escolha do próprio objeto até o desenvolvimento de todo o processo de conhecimento, considerando que este deva ser o mais objetivo possível. Além disso, o conhecimento, quando motivado por questionamentos críticos, e, muitas vezes, orientados pela emoção, tende a trazer à luz, muitas realidades dantes invisibilizadas, e a compreender a realidade aparente com mais profundidade. Neste sentido é que a indignação epistêmica, longe de ser uma emoção primária de raiva, ou carregada de preconceitos ou manipulações políticas, torna-se um elemento favorável ao processo de conhecimento, não apenas pelo seu compromisso com a crítica, mas, principalmente, pela busca de revelação, reinterpretação e transformação da realidade questionada. A indignação é o primeiro dos movimentos do conhecimento em busca dessa transformação.

Um segundo aspecto apresentado por Boaventura está em considerar que as revoltas de indignação estão associadas a um imaginário democrático, ou a um modelo de democracia. Houve indignação no início e no fim das ditaduras para coibir os autoritarismos do poder e, depois, para canalizar a abertura democrática para a construção de direitos e participações sociais e políticas.<sup>21</sup> Essa associação é encontrada tanto nas manifestações sociais como na indignação epistêmica, demonstrando que existe um projeto de cidadania na subjetividade social e política dos sujeitos e pesquisadores, o qual vincula-se a um modelo de igualdade e de democracia a ser construído conjuntamente.

Isso implica em reconhecer que há, de fato, um liame entre os fatos que se manifestam nas práticas sociopolíticas e aqueles investigados na atividade científica, que é formulado a partir desta interação. Reconhecer esse liame pode implicar em uma reflexão sobre a relação entre o senso comum e o senso científico. Para o caso em análise, talvez este ainda não seja o foco principal, mas sim, o de reconhecer a utilidade e a necessidade de se estabelecer uma aproximação entre os fatos reais e o conhecimento científico, ou seja, entre as revoltas de indignação e a indignação epistêmica, para se analisar a que modelo de racionalidade se pretende chegar. Explico. A utilidade torna-se relevante porque as afinidades na indignação apresentadas pelos manifestantes e pesquisadores às situações sociais são evidentes. E nada mais legítimo e válido que aproximar esse conhecimento real das revoltas de indignação ao processo científico com o intuito de dialogar, refletir e analisar esse conhecimento oriundo das práticas sociais, para, só então, o reinterpretar ou legitimar. E a necessidade se revela na retomada do papel da universidade pública em dialogar seus conhecimentos com a

---

<sup>21</sup> Ibid., p.124.

sociedade, e, reciprocamente, ouvir sobre os conhecimentos desta, sempre que o papel da ciência de devolver aos grupos oprimidos um conhecimento apropriável não for cumprido.

Sobre este ponto, Boaventura argumenta que depois de Hiroshima e Nagasaki, ficou evidente que a ciência não havia cumprido suas promessas de emancipação humana, e que isso foi neutralizado pelo mesmo processo que o criou, com a ruptura epistemológica. Desse modo, enquanto a ciência estiver apartada do senso comum, ela não poderá contribuir para uma democratização mais radical da vida social.<sup>22</sup> Ao mesmo tempo em que a ciência deve relacionar-se com o senso comum, ela deve estar aberta para se transformar nesta categoria.

Um terceiro aspecto identificado pelo autor está nos meios de ação para a luta dos manifestantes que são sempre extra-estatais.<sup>23</sup> Existe nas revoltas de indignação uma grande desconfiança dos órgãos estatais e das instituições não-estatais. Como a grande maioria das revoltas de indignação ocorrem nas arenas de lutas verticalizadas entre as instituições estatais e os manifestantes, torna-se previsível que os meios de ação para essa luta não sejam as instituições, tal como aquelas que operam com o direito. Há um direcionamento de algumas demandas para as instituições “extra-estatais”, mas nenhuma é canalizada para o estado por este ser considerado o maior violador de direitos.

Na indignação epistêmica, a desconfiança ao poder público também está presente na construção do conhecimento crítico, devido o histórico de violações de direitos que o Estado impõe aos grupos minoritários. A desconfiança encontra-se inserida na crítica e rejeição a esse “estado de coisas” indignante promovido, muitas vezes, pelo poder público. No entanto, duas observações devem ser feitas na construção do conhecimento sobre os direitos das minorias. A primeira, de que além do ambiente conservador e formal das instituições jurídicas ser um fator real e inibitório, o processo de conhecimento jurídico acadêmico não se desenvolve alheio às instituições estatais, uma vez que estas não apenas estabelecem parâmetros normativos para a pesquisa, como também a financiam. Ainda que o pesquisador busque direcionar a sua indignação para um processo crítico e criativo onde possa alcançar o sentido e objetivos propostos, e canalizá-los para os meios institucionais que promoverão as transformações almejadas, ele não se desvincula totalmente dos parâmetros normativos, políticos e financeiros institucionais controladores do saber científico. Segundo, por se tratar de pesquisas sobre o direito das minorias, o viés liberal do direito acaba sendo condicionante no desenvolver da pesquisa, uma vez que há a crença liberal de que as leis podem ser emancipadoras, ainda que a teoria e a prática neguem veementemente essa ideia. Isso pode causar um bloqueio ou até mesmo, um atraso no processo de conhecimento sobre os grupos minoritários, condicionando a pesquisa a desenvolver-se sobre modelos metodológicos formais. É aqui onde se posiciona o pesquisador indignado, de modo sempre atento às brechas e possibilidades institucionais de desenvolvimento do pensamento crítico, ético, construtivo e interventivo dentro desse modelo liberal. Ele se abre aos sentidos e às suas faculdades, despojando-se dos seus limites abissais no ato de

---

<sup>22</sup>SANTOS, Boaventura de Sousa. **Room fo manoeuver: paradox, program or Pandora’s box?.** Coimbra: CES/Oficina do CES. Nº9/, Fev 1989, p. 4.

<sup>23</sup>Ibid., p. 124.

conhecer, para conhecer melhor apesar das condicionantes institucionais que lhe são impostas.

Por fim, o autor ressalta o aspecto da pacificidade das manifestações, mesmo quando estas precisam resistir à força policial bruta. A maioria das manifestações desse período ocorreram de modo não violento, sem que houvesse o confronto perigoso de corpos. Neste aspecto, o conhecimento como instrumento de resistência e transformação também é pacífico e torna a academia um *locus* de aprendizados múltiplos. Ambas as manifestações de indignação consideram a paz como o resultado de todo o processo de construção de conhecimento e luta por um direito e uma sociedade mais justas. Sem justiça social, não há paz.

### 3 A RELAÇÃO DA INDIGNAÇÃO NOS PROTESTOS E NA INDIGNAÇÃO EPISTÊMICA COM A TEORIA CRÍTICA E O DIREITO

*“A teoria crítica é um tipo de prática intelectual que não reduz a realidade ao que já existe”.*<sup>24</sup> Com esta afirmação, Boaventura descreve o compromisso ético-deliberativo que as revoltas de indignação expressam, ao mesmo tempo em que fundamenta o direcionamento teórico da pesquisa sobre os direitos dos grupos minoritários. Ambos os grupos consideram que muito da realidade de direitos suprimida dos grupos minoritários assim ocorre devido às forças dominantes que inviabilizam a sua efetivação. Com isso, a sua capacidade de resistência ao ‘estado de coisas indignante’, e de transformação das experiências injustas que causaram sofrimentos humanos ao longo dos séculos, parece enfraquecida. É no processo de reinterpretação das condições de luta e de produção do conhecimento que tanto as revoltas de indignação quanto a indignação epistêmica atuam no sentido de minimizar esse sofrimento.<sup>25</sup>

Em geral, essa é a postura ética do compromisso acadêmico que se desenvolve, predominantemente, na universidade pública, por se constituir ainda um espaço de produção de conhecimento confiável, e com autonomia para se pensar o presente e o futuro, mesmo que incerto. Embora a força do capitalismo tenha direcionado muitas pesquisas para os interesses do mercado, e não para o fortalecimento da cidadania, tanto na universidade pública quanto na privada, ele não tem conseguido se legitimar nas esferas das pesquisas sobre os direitos das minorias e dos direitos humanos, que ainda procuram manter-se como um reduto de ciência que tenta unificar a verdade com o bem, o bom e o justo. Este modelo ético de conhecer é encontrado também nas manifestações sociais, e se manifesta contra a realidade suprimida de justiça para os grupos minoritários em nome de alternativos modos de ser, conhecer e viver. Ambos os grupos identificam nessa ética reinterpretativa das práticas sociais uma possibilidade de acabar ou minimizar com todo sofrimento infringido aos grupos minoritários.

A crítica e a ética orientadoras da teoria de Boaventura serão acrescidas aqui de um pouco mais de detalhamento. Boaventura argumenta que a teoria crítica constrói-se entre a memória e a antecipação.<sup>26</sup> Sobre a memória, diz o autor que a teoria crítica concebe as sociedades contemporâneas compostas por dois grupos: os que não podem

---

<sup>24</sup> Ibid., p. 125.

<sup>25</sup> Ibid., p.125.

<sup>26</sup> Ibid., p.125.

esquecer o passado errôneo e injusto, porque foram vítimas de sofrimento, opressão, genocídio e violências, e aqueles que não o querem recordar. Há uma contradição entre ativismo ou pensamento descolonial e pós-colonial, de um lado, e reprodução descompromissada de uma política global colonial ou neocolonial, de outro, que acaba se relacionando à memória.<sup>27</sup>

Quanto à antecipação, a teoria crítica concebe a realidade contemporânea sob a posição de dois grupos principais: 1) aqueles que consideram a realidade como algo imutável, devido o 'estado de coisas injusto' estar associado ao único jogo político possível (os cínicos), ou como um jogo político irremediavelmente corrupto (os revolucionários); 2) ou ainda, aqueles que acreditam na luta pela possibilidade de regras justas no jogo existente (os reformistas), isto é, aqueles que acreditam em uma sociedade melhor e, por isso, lutam por ela.<sup>28</sup> Como se percebe, as ações dos grupos estão orientadas pelo tipo de subjetividade escolhida na compreensão da realidade. Daí a importância em se observar o impacto desses movimentos no pensamento crítico, e em cada sociedade, para que se possa analisar as possibilidades reais de práticas de esperança, mesmo diante das dificuldades impostas pelo capital financeiro.<sup>29</sup> Neste sentido, é possível que elas tenham se manifestado contraditoriamente, considerando o futuro muito mais como um dado determinado, do que como uma tarefa de construção permanente.

Tanto no caso da memória como no da antecipação, as políticas contraditórias têm orientado suas ações por emoções e conhecimentos conflitivos, o que leva a teoria crítica, necessariamente, a distinguir entre objetividade e neutralidade. Segundo Boaventura, é a objetividade que permite a construção de um conhecimento confiável, e não a neutralidade.<sup>30</sup> Estes critérios metodológicos são reinterpretados com o auxílio da sociologia das ausências e sociologia das emergências, conceitos-chave desenvolvidos por Boaventura para fundamentar as Epistemologias do Sul. Ao afirmar que, "*o que não existe é, na verdade, ativamente produzido como tal, isto é, como uma alternativa não-credível ao que existe*",<sup>31</sup> ele sugere transformar os objetos impossíveis em possíveis, e, com isso, reconstruir as ausências em emergências, como as experiências políticas das revoltas de indignação, e as práticas sociais dos sujeitos dos grupos minoritários, os quais, antes invisibilizadas pelas práticas do colonialismo, patriarcado e capitalismo, tornam-se visibilizadas com voz e demandas próprias. A sociologia das emergências procura, assim, valorizar as pequenas experiências humanas, dantes silenciadas, ocultadas e invisibilizadas, para torná-las potenciais embriões de transformações mais amplas.<sup>32</sup>

É também na aproximação da academia às práticas sociais e políticas das revoltas de indignação que esses conhecimentos podem ser trabalhados em conjunto. A indignação enquanto emoção é a interseção dessas duas realidades de conhecimento que pode gerar racionalidades distintas. Neste sentido, a indignação epistêmica aproxima-se da indignação dos manifestantes políticos nos temas onde encontra afinidades, sem pretensões de neutralidade, mas com o intuito de trabalhar o conhecimento de modo

---

<sup>27</sup> Ibid., p.125.

<sup>28</sup> Ibid., p.126.

<sup>29</sup> SANTOS, Boaventura de Sousa. **Na oficina do sociólogo artesão**: aulas 2011-2016. Seleção, revisão e edição Maria Paula Meneses e Carolina Peixoto. SP: Cortez Ed., 2018, p. 282.

<sup>30</sup> Ibid., p. 126.

<sup>31</sup> Ibid., p. 59.

<sup>32</sup> Ibid., p. 63.

objetivo e confiável, e o mais aproximado possível da mesma realidade questionada. Com isso, busca canalizá-los para os meios institucionais sensíveis às transformações pretendidas. Como a indignação epistêmica surge das realidades sobre os direitos dos grupos minoritários e se desdobra no desenrolar das pesquisas sobre esta temática, é possível que o seu papel seja mais reformista que revolucionário, por acreditar que no direito resta uma brecha emancipatória ao defender a existência de regras ainda justas que possam favorecer o jogo posto. No entanto, quando os sujeitos se escutam entre si, pesquisador e investigados, há, no processo de conhecer a realidade com a participação dos sujeitos investigados, a possibilidade de se construir um conhecimento apropriado para esses grupos, onde o direito possa trazer o sentido das relações sociais, e o conhecimento possua validade científica não apenas no plano acadêmico, mas também no existencial e social.

Mas qual é o papel do direito na proteção das revoltas de indignação e dos grupos minoritários? Segundo Boaventura, as revoltas de indignação não apresentam o menor interesse em refletir sobre a lei e o seu papel na sociedade.<sup>33</sup> A lei chega até eles como sinônimo de instituição ou institucionalização (lei e ordem) que os ameaça diretamente, por serem utilizadas, com frequência, para impedir suas manifestações, e não para acolher suas demandas. Por esse motivo, pouco teriam a dizer sobre lei, embora muito pudessem dizer sobre direitos.<sup>34</sup>

Muitas manifestações baseiam-se na concepção de que a lei, enquanto instituição em um contexto democrático definido, teria a função de servir aos anseios dos cidadãos. Ao invés, tem buscado servir aos anseios dos poderosos, o que fragiliza mais ainda a cidadania dos menos favorecidos nas suas relações políticas e econômicas. Para as revoltas de indignação, a possibilidade de transformação social pelo direito tornou-se mera fantasia liberal reformista, sem nenhuma aplicabilidade na vida real, prática. Em nenhuma hipótese, a lei, em sentido lato, teria uma atuação contra-hegemônica, usada para promover uma transformação social progressiva, como previa Boaventura em sua teoria crítica do direito. Com isso, os recursos utilizados pelos manifestantes são, em grande parte, anti-institucionais ou extra-institucionais.<sup>35</sup>

Enquanto as revoltas de indignação desconfiam das instituições, em especial, das leis, a indignação epistêmica ainda considera o direito crítico como possível instrumento de luta. É para o direito crítico onde são canalizadas as demandas principais e secundárias dos grupos minoritários. O direito crítico ainda é utilizado como fonte de proteção cidadã, por meio do qual se pode demandar uma obrigação do Estado na tutela dos direitos dos sujeitos mais invisíveis na sociedade. É o caso, por exemplo, das crianças em situação de rua, invisibilizadas aos olhos da lei, sem nenhum direito constituído, nem mesmo o direito à educação adequada ao seu modo de existir.<sup>36</sup> Quando o problema é levado à academia, ele é transformado em conhecimento válido e encaminhado às instituições políticas competentes para subsidiar a elaboração de projetos

---

<sup>33</sup>Idem, 2015, p. 130.

<sup>34</sup> Ibid., p. 130.

<sup>35</sup> Ibid., p. 131.

<sup>36</sup> SANTIAGO, Vanessa de Lima Marques. **Direito à educação para adolescentes em situação de rua: entre representações, exigibilidade judicial e políticas públicas.** 2018. 139f. Dissertação (mestrado) - Faculdade de Direito, Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2018.

de leis que venham garantir esses direitos e torná-los sujeitos dotados de visibilidade institucional e reconhecimento jurídico.

O mesmo se pode dizer dos povos indígenas que tiveram a sua luta por direitos levada para a academia. O estudo dos direitos dos povos indígenas consistiram na investigação dos fundamentos do direito originário às terras tradicionalmente ocupadas pelos índios, por ser um direito constitucional. Estiveram focados também na afirmação da sua identidade, que, devido ao preconceito sobre esses povos, ainda é muito questionada. O não reconhecimento da sua identidade suscita o questionamento sobre a legitimidade de esses sujeitos figurarem como titulares de direitos diferenciados. A fundamentação desse direitos, com o diálogo entre os conhecimentos indígenas e acadêmicos, repercute diretamente na sua efetivação.<sup>37</sup>

O mesmo recurso crítico do direito opera na defesa de direitos de outros grupos minoritários como das pessoas com deficiência<sup>38</sup>, negros,<sup>39</sup> adolescentes infratores,<sup>40</sup> juventude, mulheres<sup>41</sup> e outros. Embora a presença da indignação epistêmica invista na experimentação instrumental e utilitária do direito, o que não deixa de ser um risco dentro da arena jurídica liberal, ela não se desassocia das arenas político-democráticas institucionais, para onde, frequentemente, encaminha os resultados de suas pesquisas.

Outro aspecto considerado por Boaventura é que, vinculado ao conceito dual de lei que orienta as revoltas de indignação está a configuração de poder na sociedade. Como pontuou o autor, a lei não é autônoma às relações de poder. Ao contrário, a lei é política em todos os sentidos, e o seu entrosamento nas relações de poder pode ser observado por meio de três diferentes tipos: primeiro, por meio da lei pré-figurativa, que é a lei que expressa nas suas práticas a antecipação de um modelo diferente de sociedade, com diferentes configurações de poder; segundo, a lei configurativa, a qual reflete uma configuração dual de relações de poder por acreditar que, se as relações de poder são desiguais na sociedade e estão ligadas aos mesmos modos de produção que

---

<sup>37</sup>SILVEIRA, Brunna Grasiella Matias. **Os fundamentos do direito originário às terras tradicionalmente ocupadas pelos índios à luz da força normativa da Constituição Federal de 1988**. 2018. 115 f. : Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade Federal do Ceará, Fortaleza-CE, 2018; NÓBREGA, Luciana Nogueira. **“Anna Pata, Anna Yan – nossa terra, nossa mãe”**: a demarcação da terra indígena Raposa Serra do Sol e os direitos territoriais indígenas no Brasil em julgamento. 2011. 312 f.: Dissertação (mestrado) - Universidade Federal do Ceará, Programa de Pós-Graduação em Direito, Fortaleza-CE, 2011.

<sup>38</sup>ARAÚJO, Luana Adriano. **Os desafios para a efetivação do direito à educação inclusiva: igualdade, diferença e deficiência nas escolas públicas municipais de Fortaleza (CE)**. 2018. 392 f. Dissertação (Mestrado) - Faculdade de Direito, Universidade Federal do Ceará, Fortaleza-CE, 2018.

<sup>39</sup>VALENTE, Demitrius Bruno Farias. **Análise da justiça, constitucionalidade e efetividade da Política de Cotas no Enem**: o estudo de caso da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará. 2018. 213 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2018.

<sup>40</sup>PRACIANO, Marwil Gomes. **O direito dos adolescentes e dos jovens autores de atos infracionais à educação no sistema socioeducativo do Estado do Ceará**: Desafios e possibilidades para o exercício de uma cidadania fortalecida. 2018. 151f. Dissertação (mestrado) - Universidade Federal do Ceará, Faculdade de Direito, Fortaleza, 2018 ;CARVALHO, Luiz Ramon Teixeira. **Adolescente em conflito com a lei e políticas públicas**: a socioeducação é um direito fundamental? 2018. 63 f. : Dissertação (Mestrado) - Faculdade de Direito, Universidade Federal do Ceará, Fortaleza-CE, 2018; MELO NETO, Carlos Roberto Cals de. **Por uma hermenêutica restaurativa**: sistema socioeducativo, lacunas normativas e crise de interpretação do ECA. 2019. 243 f. : Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito, Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2019.

<sup>41</sup>ALMEIDA, Jéssica Teles de. **A proteção jurídica da participação política da mulher**: fundamentos teóricos, aspectos jurídicos e propostas normativas para o fortalecimento do modelo brasileiro. 2018. 217f. Dissertação (Mestrado) - Faculdade de Direito, Universidade Federal do Ceará, Fortaleza-CE, 2018.

promovem injustiça e opressão, a lei, associada a este modelo de produção, será igualmente injusta e opressiva; e a terceira, a lei reconfigurativa, utilizada como recurso para reconfigurar as correlações de força na sociedade.<sup>42</sup>

Para as revoltas de indignação, não há condições legais reais que as permitam se manifestar. Nem mesmo uma lei reconfigurativa traria essa confiança nas instituições de volta aos manifestantes. Existe um descrédito assumido por elas em relação à lei e às instituições jurídicas que as fazem concluir que, ou as condições legais nunca existiram ou estão se deteriorando com as políticas neoliberais que veem nas manifestações políticas motivos para criminalização e não para o reconhecimento de seus direitos,<sup>43</sup> ou melhor, para o reconhecimento da sua própria existência cidadã enquanto sujeitos de direito. A erosão dos fundamentos político-institucionais liberais e dos direitos humanos, bem como as ameaças que a democracia liberal vêm impondo às pessoas em responder mais aos interesses do mercado financeiro do que aos interesses de cidadania, têm se tornado a causa maior para esse descrédito. Boaventura considera que somente com a refundação da democracia, e a sua reinvenção, a confiança na lei reconfigurativa seria restaurada pelas revoltas de indignação.

Isso significa que o constitucionalismo precisa ser transformador, com propostas de democracia que fortaleçam as pessoas que estão do lado da linha abissal menos empoderada. Para isso, nem mesmo a lei reconfigurativa isolada das necessárias transformações políticas e institucionais seria útil, pois o conceito de ‘democracia real’ de Boaventura requer um regime político que, efetivamente, produza transformações nas relações de poder mais desiguais, a partir de uma organização política e social onde as autoridades possam ser compartilhadas. Essencialmente, o conceito de ‘democracia real’ tem como princípio-meta promover igualdades políticas, sociais e econômica, com igual respeito às diferenças dos sujeitos,<sup>44</sup> o qual se projeta para o âmbito das instituições.

Assim é que o reconhecimento dos sujeitos parece imprescindível até mesmo às demandas políticas. A opressão das condições legais de cidadania causam nos indivíduos uma invisibilidade incômoda e degradante. Muitas das mobilizações não demandam, tampouco canalizam suas necessidades para uma instituição estatal por não confiarem mais nelas. Apenas reagem ao fato de não serem reconhecidas como sujeitos de direitos. E esta é a demanda maior: o reconhecimento como sujeitos de direitos vilipendiados de sua existência cidadã.

O direito ao reconhecimento como sujeitos de direitos não é algo simbólico aos manifestantes. Até mesmo porque a condição cidadã não é simbólica, nem apenas racional. Mas se manifesta dentro de contextos existenciais que precisam ser reinterpretados a partir de suas próprias práticas sociais invisibilizadas, desvalorizadas, ocultas etc. O reconhecimento dos manifestantes como sujeitos de direitos e cidadãos prescinde, na sua base existencial, da mobilização jurídica para a efetivação do seu direito, e, por outro lado, torna-se uma das pautas das mobilizações políticas, uma vez que desafia estruturalmente as relações de poder.

---

<sup>42</sup> SANTOS, Boaventura de Sousa. Op. cit, p. 132.

<sup>43</sup> Ibid, p. 133.

<sup>44</sup> Ibid., p. 140.

Por isso, o argumento de Boaventura condiz com essa necessidade existencial e política de o manifestante ser reconhecido, quando afirma que as mobilizações por direitos devem ser parte de uma mobilização política maior, algo que tenha um sentido comum. É exatamente sobre a busca do direito ao reconhecimento dos sujeitos pertencentes aos grupos minoritários, e do sentido comum que muitas de suas lutas possam assumir entre si, que a indignação epistêmica conduz as pesquisas.<sup>45</sup>

#### 4 AS REVOLTAS DE INDIGNAÇÃO, A INDIGNAÇÃO EPISTÊMICA E AS EPISTEMOLOGIAS DO SUL

Um dos principais questionamentos feitos por Boaventura na sua *Epistemologias do Sul* recai sobre qual a razão para que o contexto cultural e político da produção e reprodução do conhecimento tenha sido eliminado da reflexão epistemológica.<sup>46</sup> Isso porque para ele, todo contexto de luta e toda prática social que circundam as revoltas de indignação geram conhecimento, e este, de algum modo, será necessário tanto para o resistir da luta, quanto para as novas relações e interações que serão feitas com outros atores, como os da academia.

Boaventura considera que o conhecimento produzido pelas lutas sociais tem uma dupla natureza, cada uma expressa por meio de narrativas e discursos produzidos em duas versões: uma interna, que circula no âmbito do grupo, fortalecendo e legitimando a luta, e outra externa, em defesa dos direitos humanos, como forma de pertencer ao mesmo universo cultural e de construir pontes e alianças estratégicas à luta, dentre estas, aquelas que lidam com a burocracia judicial, próprias das academias jurídicas.<sup>47</sup> Esta aliança se fortalece entre os grupos à medida que a indignação amplia nos sujeitos o desejo de realidade, aproximando e construindo os conhecimentos múltiplos que serão avaliados pelos seus resultados no decorrer dos protestos na luta e na academia.. O próprio ato de avaliação do conhecimento produz novos conhecimentos. Esta dinâmica é importante para o valor concreto do conhecimento no tempo e no espaço; pois como alerta Boaventura. “os conhecimentos que no passado reforçaram as lutas podem enfraquecê-las no presente.”<sup>48</sup>

Três tipos de conhecimento coexistem nas lutas contra a opressão: a) os conhecimentos particulares a cada grupo sobre suas lutas, os quais dão legitimidade e sustentabilidade nesta prática de resistir; b) os conhecimentos produzidos e acionados pelos grupos dominantes a fim de garantir-lhes a supremacia do poder; c) e os conhecimentos construídos por outros grupos sociais com os quais podem se relacionar, interagir e construir possíveis alianças e articulações baseadas na ecologia de saberes.<sup>49</sup>

O conhecimento construído corresponde a um novo momento da luta e se baseia em alguns conceitos. Primeiro, a distinção entre a aplicação técnica e aplicação edificante do conhecimento, que Boaventura considera necessária diante dos muitos debates relacionados a esse tema na filosofia crítica da ciência. Ambas as modalidades de

<sup>45</sup> ZEGADA, Maria Teresa. Una revolución del sentido común. In: SANTOS, Boaventura de Sousa(Org.). **Re-vueltas de indignación y otras conversas**. La Paz: Proyeto Alice/Stigma, 2015, p. 41.

<sup>46</sup> **Epistemologias do Sul** (Orgs. Boaventura de Sousa Santos e Maria Paula Meneses.Coimbra: Almedina, 2009, p.10 Disponível em: [http://archive.org/stream/EpistemologiasDoSul/Epistemologias%20do%20Sul\\_djvu.txt](http://archive.org/stream/EpistemologiasDoSul/Epistemologias%20do%20Sul_djvu.txt) Acesso em: 21/05/2019

<sup>47</sup>SANTOS, Boaventura de Sousa. **O Fim do Império Cognitivo**. Coimbra: Almedina, 2018, p.142.

<sup>48</sup> Ibid., p. 143.

<sup>49</sup> Ibid. , p. 142.

aplicação do conhecimento se auto proclamam igualmente éticas quanto à sua constituição, mas se distinguem na efetivação: enquanto a aplicação técnica reivindica ser politicamente neutra, a aplicação edificante traz a proposta de ser politicamente comprometida. No âmbito das epistemologias do Sul esta distinção não faz sentido porque todo conhecimento válido, quer seja científico ou não, possui uma dimensão técnica, a qual somente passa a ser relevante na medida em que torna eficaz o compromisso ético-político subjacente aos conhecimentos organizados pela luta. Com isso, não há aplicação politicamente neutra, quer na sua aplicação técnica ou edificante, mas sim, politicamente comprometida.<sup>50</sup>

A indignação epistêmica trabalha com ambas as dimensões de aplicação do conhecimento, mas, do mesmo modo, não lhes atribui neutralidade. Ao considerar a ética como um dos princípios não só de aplicação, mas, principalmente, de formação do conhecimento, a indignação epistêmica cria uma linha de ação que vincula o conhecimento às alternativas de reinterpretação da realidade dos grupos minoritários investigados. E como não retroage aos direitos já conquistados, não reduz a realidade ao que já existe, considerando que há um parâmetro teórico, ético, político e comprometido subjacente aos conhecimentos e direitos já construídos sobre aquele grupo. E a partir daí, busca novas alternativas de conhecimentos emancipatórios ou edificantes.

Em relação aos direitos dos grupos minoritários, isso torna-se evidente a partir da adoção da premissa de que o fim do direito e o da prática social deveriam estar na emancipação dos sujeitos. Emancipar pode ter uma conotação ampla que vai desde o reconhecimento desses grupos oprimidos como sujeitos de direito, até mesmo a reinterpretação das suas possibilidades existenciais com novos sentidos de resistência na luta. Considera-se que não há como construir um conhecimento novo ou mesmo mobilizar outros conhecimentos que venham a subjugar ainda mais a condição existencial e cidadã desses grupos oprimidos. Isso porque, no âmbito científico, reduzir direitos aos grupos minoritários seria precário, considerando-se que o conhecimento jurídico crítico trabalha com valores, ética e justiça, e que estes precisam estar presentes do lado da cidadania abissal menos protegida. Por esta razão, a experiência e o plano existencial dos sujeitos tornam-se importantes na realização da pesquisa e na objetivação de suas subjetividades.

Fundamental também na mobilização dos conhecimentos para as revoltas de indignação é o conceito de 'justiça cognitiva' que se exterioriza no momento em que as relações de poder cognitivos desiguais forem sendo gradualmente substituídas por relações de autoridade partilhada. Para isso, dois princípios fundamentais servem de orientação à organização dos conhecimentos das lutas: horizontalidade, em que os diferentes saberes se relacionam sem hierarquia; e reciprocidade, o qual reconhece na incompletude dos diferentes saberes que interagem entre si, a necessidade de se estabelecer relações de complementaridade.<sup>51</sup>

As Epistemologias do Sul são, desse modo, esse conjunto de saberes complementares e organizados, ou intervenções epistemológicas, de modo que possam denunciar a engenharia dos conhecimentos dominantes presentes na sociedade, que vêm

---

<sup>50</sup> Ibid. , p. 143.

<sup>51</sup> Ibid. , p. 144.

impactando e inviabilizando a produção de conhecimentos múltiplos, tornando-se modelo de dominação epistemológica. Este modelo, não apenas se alinhou utilitariamente ao modelo de ciência dominante, como relegou à marginalidade muitos outros saberes, culturas e práticas sociais e políticas, fundamentais no processo de resistência e luta. Por isso, são epistemologias que se propõem a resgatar e valorizar esses saberes e conhecimentos complementares que conseguiram resistir, ao longo dos séculos, aos modelos de dominação. Com isso, criam um ambiente de diálogo entre saberes e conhecimentos, dotados de horizontalidade e complementaridade, onde a ecologia dos saberes se manifesta.<sup>52</sup>

É neste contexto que Boaventura considera não haver conhecimento sem práticas ou atores sociais. E ambos somente existem no contexto de relações e interações sociais, onde diferentes tipos de relações sociais podem desencadear diferentes tipos de conhecimentos e diversos tipos de Epistemologias, porque toda experiência social produz e reproduz conhecimento. Assim, epistemologia vem a significar *“toda a noção ou ideia, refletida ou não, sobre as condições do que conta como conhecimento válido”*.<sup>53</sup> É neste sentido que as Epistemologias do Sul investem na ideia de que não há epistemologias neutras, e mesmo aquelas que proclamam ser dotadas de neutralidade, perdem esta característica ao tomarem suas posições. Defendem também a ideia de que a reflexão epistemológica deve recair sobre conhecimentos concretos e práticas de conhecimentos, considerando os seus impactos e implicações em outras práticas sociais. A experiência torna-se, desse modo, extremamente valorizada na produção do conhecimento.

## CONCLUSÃO

A comparação que se propôs no início deste trabalho revelou não apenas as diferenças que existem entre as revoltas de indignação e a indignação epistêmica, como também a importância da aproximação da academia à realidade social na produção de conhecimentos válidos. A partir desse lugar em que os grupos minoritários se encontram, tanto a ciência jurídica positivista como a neo-positivista parecem ser insuficientes para refletir sobre a classificação e a asseguaração dos direitos das minorias no contexto latino-americano que se encontram.

Na temática das lutas e movimentos sociais, este estudo enfrentou o desafio de compreender o papel da indignação no ato de conhecer, considerando suas várias vertentes, desde o seu significado político trazido pelos movimentos sociais, que se relaciona ao de injustiça e ausência de dignidade humana, até chegar a um compromisso gestor e deliberativo na pesquisa. Quando a indignação chega à academia, parece estar relacionada tanto aos processos e práticas sociais e político-institucionais que envolvem os grupos minoritários, quanto à aparente incapacidade do pesquisador em traduzir esses processos em conhecimentos válidos, e com potencial transformador da realidade dos sujeitos investigados. Por isso, ela surge cobrando uma necessária redefinição de ciência que inclua um modelo apto a oferecer elementos analíticos mais amplos e com sentido integrado às condições reais do conhecimento. Debruçar-se, criticamente, sobre o modelo de ciência dominante, implica em fazer uma reflexão epistemológica sobre os bloqueios que o modo de conhecer acadêmico impõe, muitas vezes, ao sujeito

---

<sup>52</sup> Ibidem.

<sup>53</sup> Idem., 2009, p. 9.

investigador das ciências sociais e jurídicas e à realização da pesquisa, condicionando-o, muitas vezes, a uma análise limitada do fenômeno estudado, de modo a superá-los. Com isso, é fundamental a aproximação dos conhecimentos acadêmicos ao conhecimento que se constrói nas práticas sociais e políticas para que possam expandir a dimensão real dos sujeitos.<sup>54</sup>

Isso requer um reposicionamento do pesquisador e sujeitos da pesquisa dentro de seus contextos históricos/existenciais e políticos para, finalmente, indagar: ciência para quem? A resposta está em se compreender as várias fases da ciência, tanto influenciadas por seus intérpretes, como influenciadoras deles. Neste movimento, o pesquisador assume uma nova posição em relação ao sujeito, no reconhecimento inicial de que um influencia o outro, ou até mesmo quando um se confunde com o outro, condição em que pesquisador e sujeito têm as mesmas experiências de vida em suas narrativas, devido o experimento estar na própria vivência indignada. Por isso, é preciso que essa reflexão epistemológica abra espaço para essa construção conceitual e metodológica, ou reforce esse espaço já aberto em outras epistemologias contemporâneas, como a Epistemologia do Sul.

Isso porque, embora a ciência dominante ainda duvide de todo conhecimento que não siga suas premissas teóricas e regras metodológicas próprias, ou seja, que não seja construída apenas pela razão, hoje em dia com estudos mais avançados, esse modelo de ciência, mais do que nunca, precisa ser repensado de modo que possa também desvelar e abrigar outros conceitos importantes, como os de sujeito, emoção, luta e direitos.

## REFERÊNCIAS

CHOMSKY, Noam (Org.). **Indignados**. Madrid: Bolas de Cristal, 2012.

DUSSEL, Enrique. **Carta a los Indignados**. México: La Jornada Ediciones, 2011.

ENGELMANN, Wilson; WUNSCH, Guilherme. Repensando uma visão (não) individualista da pessoa no panorama da compreensão dos direitos humanos e a perspectiva autopoiética de educação: uma proposta a partir da leitura de Humberto Maturana. **Nomos**, v.38, n.2, 2018. Disponível em: <http://www.periodicos.ufc.br/nomos/article/view/39895/95998> Acesso em: 06 jun. 2019.

ESCOBAR, Arturo. "Actores, redes e novos produtores de conhecimento: os movimentos sociais e a transição paradigmática nas ciências". In: **Conhecimento Prudente para uma vida decente: um discurso sobre as ciências revisitado**. Boaventura de Sousa Santos (Org.). Porto: Ed. Afrontamento, 2003, p.608.

GOMES, Luiz Flávio. **Por que estamos indignados?: das barbáries dos poderes à esperança de civilização, justiça social e democracia digital**. SP: Saraiva, 2013. Coleção Saberes Críticos.

HESSEL, Stéphane. **Indignez-vous!**. Paris: Éditions de Paris, 2011.

\_\_\_\_\_. **O Poder da crítica**. Minho: Livraria Pretexto e Ed. Pedagogo, 2006.

\_\_\_\_\_. **An Inquiry into modes of existence: an anthropology of the Moderns**.

Cambridge: Harvard University Press, 2013.

---

<sup>54</sup>BACHELARD, Gaston. **A Formação do Espírito Científico: contribuição para a psicanálise do conhecimento**. Tradução de Estela dos Santos Abreu. RJ: Contraponto Ed, 1996.

LOCKE, Terry. **Critical Discourse Analysis**. London: Continuum, 2004.

NAIR, Harikrishnan Gopinathan. Unsettling european epistemologies mapping the contours of paradigms from the south. **Nomos**, v.38, n.2, 2018. Disponível em: <http://www.periodicos.ufc.br/nomos/article/view/39895/95998> Acesso em: 06 jun. 2019.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Room for manoeuver: paradox, program or Pandora´s box?**. Coimbra: CES/Oficina do CES, N<sup>o</sup>9, Fev 1989.

\_\_\_\_\_. **Um discurso sobre as ciências**. 8a. Edição. Porto: Afrontamento, 1996.

\_\_\_\_\_. "Towards a socio-legal theory of indignation". In: **Law´s ethical, global, and theoretical contexts: essays in honor of William Twining**. Edited by Upendra Baxi, Christopher McCrudden, and Abdul Paliwala. Cambridge: Cambridge University Press, 2015.

\_\_\_\_\_. **Revueltas de indignación y otras conversas**. Coimbra: CES/Alice, 2015.

\_\_\_\_\_. **Na Oficina do Sociólogo: aulas de 2011-2016**. Seleção, revisão e edição Maria Paula Menezes e Carolina Peixoto. SP: Cortez Ed., 2018.

\_\_\_\_\_. **O Fim do Império Cognitivo**. Coimbra: Almedina, 2018.

SHARP, Gene. **From Dictatorship to Democracy: a conceptual framework for liberation**. Wales: Housmans Bookshop, 2011.

SPINOZA, Baruch de. **Tratado Político**. Tradução, introdução e notas de Diogo Pires Aurélio, revisão de Homero Santiago. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p.30.

ZEGADA, Maria Teresa, "Una revolución del sentido común". In: SANTOS, Boaventura de Sousa(Org.). **Revueltas de indignación y otras conversas**. La Paz: Proyeto Alice/Stigma, 2015.

Dissertações:

ALMEIDA, Jéssica Teles de. **A proteção jurídica da participação política da mulher: fundamentos teóricos, aspectos jurídicos e propostas normativas para o fortalecimento do modelo brasileiro**. 2018. 217f. Dissertação (Mestrado) - Faculdade de Direito, Universidade Federal do Ceará, Fortaleza-CE, 2018.

ARAÚJO, Luana Adriano. **Os desafios para a efetivação do direito à educação inclusiva: igualdade, diferença e deficiência nas escolas públicas municipais de Fortaleza (CE)**. 2018. 392 f. Dissertação (Mestrado) - Faculdade de Direito, Universidade Federal do Ceará, Fortaleza-CE, 2018.

CARVALHO, Luiz Ramon Teixeira. **Adolescente em conflito com a lei e políticas públicas: a socioeducação é um direito fundamental?** 2018. 63 f. : Dissertação (Mestrado) - Faculdade de Direito, Universidade Federal do Ceará, Fortaleza-CE, 2018.

PRACIANO, Marwil Gomes. **O direito dos adolescentes e dos jovens autores de atos infracionais à educação no sistema socioeducativo do Estado do Ceará: Desafios e**

possibilidades para o exercício de uma cidadania fortalecida. 2018.151f.Dissertação (mestrado) - Universidade Federal do Ceará, Faculdade de Direito, Fortaleza, 2018.

SANTIAGO, Vanessa de Lima Marques. **Direito à educação para adolescentes em situação de rua:** entre representações, exigibilidade judicial e políticas públicas. 2018. 139 f. Dissertação (mestrado) - Faculdade de Direito, Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2018.

SILVEIRA, Brunna Grasiella Matias. **Os fundamentos do direito originário às terras tradicionalmente ocupadas pelos índios à luz da força normativa da Constituição Federal de 1988.** 2018. 115 f. : Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade Federal do Ceará, Fortaleza-CE, 2018.

VALENTE, Demitrius Bruno Farias. **Análise da justiça, constitucionalidade e efetividade da Política de Cotas no Enem:** o estudo de caso da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará. 2018. 213 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2018.



# A TEORIA DA CEGUEIRA DELIBERADA COMO PROVA INDIRETA EM MATÉRIA TRIBUTÁRIA

Raquel Cavalcanti Ramos Machado<sup>1</sup>,  
Lara Gurgel do Amaral Duarte Vieira<sup>2</sup>

## RESUMO

A aplicação teoria da cegueira deliberada no cenário brasileiro, como prova indireta em matéria tributária, seja na apuração de crimes contra a ordem tributária, seja em processos administrativos de constituição do crédito tributário, é um assunto que vem ganhando repercussões no Poder Judiciário. A partir de grandes casos criminais que ganharam repercussões na mídia, como por exemplo o Assalto ao Banco Central, Mensalão e mais recentemente a Operação Lava Jato, a teoria da cegueira deliberada ou a *the doctrine of willful blindness* passou a ganhar adeptos e, por consequência, migrar para outras áreas do Direito, como o Direito Tributário. Como nos processos administrativos fiscais de constituição do crédito tributário é muito comum o compartilhamento do material probatório produzidos em investigações criminais, a fundamentação da aplicação da teoria da cegueira deliberada também passou ser objeto de compartilhamento. Por isso, levantou-se a hipótese de perquirir como a aludida teoria vem sendo aplicada em matéria tributária no Brasil. No primeiro momento, propõe-se analisar de como e em quais condições a prova indireta é utilizada em matéria tributária. Na sequência, será explorada a teoria da cegueira deliberada, partindo das suas premissas originárias, e sua relação com o Direito Tributário. Por fim, buscará compreender a aplicação da referida teoria no cenário brasileiro e suas repercussões. Conclui-se assim que a importação de institutos estrangeiros, como a teoria da cegueira deliberada, deve observar o sistema jurídico o qual será inserido, sob o risco de violar direito e garantia fundamentais assegurados pela Constituição Federal de 1988. O presente artigo utilizou o estudo bibliográfico, empreendeu-se uma metodologia qualitativa e exploratória, por meio do método indutivo.

**PALAVRAS-CHAVE:** Teoria da cegueira deliberada. Direito tributário. Provas indiretas.

## THE THEORY OF DELIBERATE BLINDNESS AS INDIRECT PROOF IN TAX MATTERS

### ABSTRACT

The application of deliberate blindness in the Brazilian scenario, as indirect evidence in tax matters, whether in the investigation of crimes against the tax order or in administrative proceedings for tax credit constitution, is a subject that has been having repercussions in the judiciary. From major criminal cases that have gained repercussions in the media, such as the Central Bank Robbery, Monthly and most recently Operation Lava Jato, the theory of deliberate blindness or *the doctrine of willful blindness* has gained adherence and consequently migrated to other areas of law, such as Tax Law. As in the tax administrative processes of tax credit constitution the sharing of the evidential material produced in criminal investigations is very common, the foundation of the application of the deliberate blindness theory also became the object of sharing. Therefore, it was hypothesized to inquire how the aforementioned theory has been applied in tax matters in Brazil. At first, it is proposed to analyze how and under what conditions indirect evidence is used in tax matters. In the following, the theory of deliberate blindness will be explored, starting from its original premises, and its relation with the Tax Law. Finally, it will seek to understand the application of this theory in the Brazilian scenario and its repercussions. It is thus concluded that the importation of foreign institutes, such as the theory of deliberate blindness, must observe the legal system to which it will be inserted, under the risk of violating the fundamental right and guarantee guaranteed by the

<sup>1</sup> Mestra pela Universidade Federal do Ceará. Doutora pela Universidade de São Paulo. Professora de Direito Eleitoral da UFC, de cujo Departamento de Direito Público é atualmente a Chefe. Visiting Scholar da Wirtschaftsuniversität, Viena, Austria.

<sup>2</sup> Mestranda em Ordem Jurídica Constitucional pela Universidade Federal do Ceará. MBA em Direito Tributário pela Fundação Getúlio Vargas. Graduada pela Universidade de Fortaleza. Advogada.

Federal Constitution of 1988. This article used the study in a bibliographic approach, a qualitative and exploratory methodology was undertaken through the inductive method.

**KEYWORDS:** Theory of deliberate blindness. Tax law. Indirect proofs.

## 1. INTRODUÇÃO

O princípio da legalidade é um dos princípios basilares do Direito Tributário, corolário da segurança jurídica, uma garantia fundamental. Para o referido princípio todo e qualquer tributo para ser exigido deve estar pautado aos ditames constitucionais e infraconstitucionais, o que significa que é tão somente a lei que vai descrever o fato que, ocorrido no mundo fenomênico, fará nascer a obrigação tributária.

Para melhor compreensão da relação jurídica entre o particular e o Estado, Paulo de Barros Carvalho, de modo a simplificar o estudo do Direito Tributário, criou o método da regra matriz incidência tributária, buscando captar todos os elementos que a legislação impõe para que o tributo instituído tenha expressão econômica, sendo eles: critério material, critério temporal, espacial, base de cálculo, sujeito passivo e ativo.

No presente estudo vamos nos limitar ao critério material que traçará a materialidade do tributo, descrevendo a norma jurídica tributária uma situação hipotética que uma vez concretizada ocorrerá o fato gerador. A exigência da subsunção do evento às hipóteses previstas na regra tributária cria, por consequência, a necessidade de verificar a ocorrência do fato descrito na obrigação correspondente, conforme dispõe o art. 142, do CTN<sup>3</sup>, ou seja, o lançamento tributário deve ser pautado em provas, admitidas em direito, da correspondência da situação fática narrada e da relação jurídica instaurada.

Todavia, existem situações em que a prova da ocorrência de certo fato tributário não é concebida objetivamente, admitindo o Direito Tributário a utilização das provas indiretas, como exemplo: as presunções, indícios e ficções jurídicas.

Embora essas provas indiretas devam ser utilizadas com extrema cautela, uma vez que não se tratam em uma carta em branco dada à Administração Pública, tem-se notado o seu uso de forma cada vez mais frequente, especialmente em processos administrativos fiscais instaurados por ocasião de investigações criminais, imputando-se multa qualificada com representação para fins penais, que posteriormente poderá ensejar o ajuizamento de ações penais. Isto porque, através dessas investigações criminais é possível extrair determinadas condutas que são reiteradamente praticadas, tornando como se fosse uma “regra” na prática de determinado crime, que poderá ser identificada em outras situações, através de método dedutivo.

Nos casos dos procedimentos administrativos fiscais que possuem repercussões criminais tem-se verificado o uso da presunção de forma absoluta, deixando de observar o ônus investigativo da administração fazendária, e até mesmo outras provas já existentes sem qualquer motivação. Assim, além da constituição da obrigação tributária, aplica-se a multa qualificada, por considerar a existência de crime passível de

---

<sup>3</sup> Art. 142. Compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento, assim entendido o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo caso, propor a aplicação da penalidade cabível. Parágrafo único. A atividade administrativa de lançamento é vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional.

apuração, seja lavagem de dinheiro, corrupção ou crimes contra a ordem tributária, previstos na Lei nº 8.137/90, haja vista a possível prática das condutas descritas nos arts. 71 a 73, da Lei 4.502/64<sup>4</sup>.

Todavia, não se pode esquecer que os crimes previstos na Lei nº 8.137/90 exigem como elemento subjetivo essencial o dolo. Porém, o que se tem visto, além da tributação diante da ausência de determinado meio de prova, é a punição pelo desconhecimento, sendo este considerado como um elemento subjetivo substituto ao dolo eventual ou a ele equiparado, a chamada teoria da cegueira deliberada. Teoria aplicada normalmente no Direito Penal, objeto de diversas polêmicas, que vem servindo também de fundamento em decisões proferidas em processos administrativos fiscais e ações penais de crimes contra a ordem tributária.

Para melhor compreensão da temática proposta, far-se-á uma análise, bibliográfica, através de uma metodologia qualitativa e exploratória, por meio do método indutivo. Inicialmente, analisaremos a utilização da prova indireta na constituição crédito tributário, para em seguida averiguar de como a teoria da cegueira deliberada vem sendo aplicada em matéria tributária na qualidade de prova indireta, para ao final compreender e criticar, à luz da legislação vigente e da atual jurisprudência, a forma de aplicação da teoria cegueira deliberada no cenário brasileiro e suas consequências.

## 2. A PROVA INDIRETA NA CONSTITUIÇÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO

Estabelecida a regra matriz de incidência de tributária pelo legislador, é possível extrair a hipótese de incidência, ou seja, aquele fato de possível ocorrência. Assim, para que o Estado possa apurar a ocorrência daquele fato descrito na hipótese de incidência tributária é preciso a instauração de um procedimento.

O procedimento administrativo tributário consiste justamente na fase que se faz a apuração fiscal com o intuito de preparar o ato de lançamento da obrigação tributária e eventual sanção. Por sua vez, o ato administrativo do lançamento aparece na etapa subsequente, ultrapassada as diligências fiscalizatórias e apuratórias, o agente administrativo deverá constatar, ou não, a ocorrência no mundo fenomênico aquela hipótese de incidência prevista na norma tributária, capaz de gerar obrigação tributária, extraindo ainda as consequências jurídicas, dentre elas o montante da obrigação tributária.

---

<sup>4</sup> Art . 71. Sonegação é toda ação ou omissão dolosa tendente a impedir ou retardar, total ou parcialmente, o conhecimento por parte da autoridade fazendária: I - da ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal, sua natureza ou circunstâncias materiais; II - das condições pessoais de contribuinte, suscetíveis de afetar a obrigação tributária principal ou o crédito tributário correspondente.

Art . 72. Fraude é toda ação ou omissão dolosa tendente a impedir ou retardar, total ou parcialmente, a ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal, ou a excluir ou modificar as suas características essenciais, de modo a reduzir o montante do imposto devido a evitar ou diferir o seu pagamento.

Art . 73. Conluio é o ajuste doloso entre duas ou mais pessoas naturais ou jurídicas, visando qualquer dos efeitos referidos nos arts. 71 e 72.

O art. 142, do Código Tributário Nacional, regula o lançamento tributário, competindo ao agente fiscal constituir o crédito tributário “*assim entendido o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente*”. Logo, verifica-se que o legislador atribuiu ao lançamento tributário função vinculada e obrigatória, como uma etapa intermediária entre a fase procedimental, em que se apura e investiga, e a fase processual, em que se litiga.

Nesse contexto, convém trazer a definição de Paulo de Barros Carvalho (Carvalho, 1995), que traz de forma clara todos os elementos que o lançamento tributário deve conter.

Trata-se de ato jurídico administrativo, da categoria dos simples, constitutivos e vinculados, mediante o qual se insere na ordem jurídica brasileira uma norma individual e concreta, que tem como antecedente o fato jurídico tributário e, como conseqüente, a formalização do vínculo obrigacional, pela individualização dos sujeitos ativo e passivo, a determinação do objeto da prestação, formado pela base de cálculo e correspondente alíquota, bem como pelo estabelecimento dos termos espaço-temporais em que o crédito há de ser exigido.

O autor esclarece a redação do art. 142, do CTN, que dispõe o ato de lançamento tributário o momento em que o crédito tributário é formalizado e constituído, sendo constatado por meio procedimento prévio a ocorrência do fato gerador e identificado os sujeitos da relação jurídica tributária.

Esse procedimento prévio que culmina na constituição do ato jurídico de lançamento tributário, exige mais do que a simples subsunção do fato à hipótese de incidência, exige-se que esteja pautado em provas, conforme descreve o art. 9º, do Decreto nº 70.235/72<sup>5</sup>. Isto porque, o sujeito cognoscente não possui acesso completo à realidade, sendo tão somente através das provas produzidas no procedimento que se torna possível a construção de forma lógica dos acontecimentos.

Michelle Taruffo ao comentar sobre a verdade afirma que conhecimento da verdade além de ser relativo, porque depende das informações que estão ao alcance e disponíveis ao sujeito cognoscente, é objetivo, porque sua apuração não é fruto das preferências subjetivas e individuais do sujeito prolator de uma decisão (judicial ou administrativa), e sim resultante das provas (Taruffo, 2012).

É dever do Fisco, portanto, através das provas confirmar ou não a ocorrência do fato descrito na norma de incidência tributária, não sendo dispensado do ônus probatório em virtude da sua presunção de legitimidade. Por outro lado, não pode o procedimento administrativo durar eternamente em busca da confirmação do fato ocorrido no mundo fenomênico, pois a sua certeza é inalcançável. Assim, esgotada as possibilidades de confirmação da configuração do fato jurídico tributário através de provas diretas, é possível fazer uso das provas indiretas.

É natural nos casos em que existem indícios de fraude que a Administração Pública tenha uma dificuldade maior em ter acesso a verdade material, muitas vezes essa

---

<sup>5</sup> Art. 9º. A exigência do crédito tributário e a aplicação de penalidade isoladas serão formalizados em autos de infração ou notificações de lançamentos, distintos para cada tributo ou penalidade, os quais deverão estar instruídos com todos os termos, depoimentos, laudos e demais elementos de prova indispensáveis à comprovação do ilícito.

impossibilidade decorre até mesmo de falta imputável ao contribuinte, por isso que nessas situações se faz uso das presunções, para que atividade da Administração não seja tolhida (Segundo, 2012). Todavia, essa situação não pode ser justificativa para a Administração Pública deixar exercer o seu dever de investigação e buscar outros meio de provas que estejam ao seu alcance.

Leonardo Sperb de Paola (Paola., 1997) faz os seguintes comentários sobre o assunto.

No que respeita à utilização de indícios ou à opção pelo lançamento por estimativa, também tem o Fisco o ônus de provar a impossibilidade (relativa, não absoluta) de recurso à prova direta, seja porque ela não foi encontrada (e aqui pesa omissão do contribuinte) seja porque ela não é digna de confiança (e, então, o Fisco deverá mostrar o porquê). Se o método indireto de apuração, por força dos princípios da capacidade contributiva e da busca pela verdade material, é subsidiário, cabe ao Fisco provar a configuração dos pressupostos que autorizam a sua utilização, um dos quais é a impossibilidade de utilização do método direto.

Não concordamos, por outro lado, em visa dos princípios examinados neste capítulo, com a ideia de que, sendo omissa o contribuinte, a ele cabe o ônus de provar que os indícios utilizados pelo Fisco não são aptos a demonstrar a existência do fato jurídico tributário. A prova de verossimilhança dos indícios, de que eles levam à riqueza tributário, continua sendo do Fisco.

O referido autor prossegue a sua análise concluindo que o uso das presunções simples não é uma carta em branco a autoridade julgadora (administrativa e judicial), tanto o Magistrado como a autoridade administrativa julgadora devem justificar o uso da prova eleita dentre as outras, principalmente se se tratar de uma prova indireta.

Faz-se necessário comentar acerca da constituição do crédito tributário, pois normalmente as ações penais ajuizadas por crimes contra a ordem tributária são pautadas nas provas produzidas no âmbito do processo administrativo fiscal de constituição do crédito tributário. Por consequência, as provas indiretas que embasaram a constituição da obrigação principal serão utilizadas tanto para justificar a imposição da multa qualificada pela prática das condutas descritas nos arts. 71 a 73, da Lei 4.502/64, bem como para instruir a ação penal.

No Brasil, a utilização da prova indireta ganhou repercussão no Caso Mensalão (Caso Mensalão, 2012), em voto da Ministra RosaWeber reconheceu a necessidade do elastecimento da valoração probatória, a saber:

(...) Delitos no âmbito reduzido do poder, são, por sua natureza, em vista da posição dos autores, de difícil comprovação pelas chamadas provas diretas. (...). A essa consideração, agregue que, em determinadas circunstâncias, pela própria natureza do crime, a prova indireta é a única disponível e a sua consideração, *prima facie*, além de contrária ao Direito positivo e à prática moderna, implicaria deixar sem resposta graves atentados criminais à ordem jurídica e à sociedade.

Não se questiona a necessidade ou não do uso das provas indiretas em crimes complexos, ocorre que muitas vezes essa prova indireta não é forte suficiente nem

mesmo para configurar o fato gerador da obrigação tributária e nem da multa qualificada, porém vem ganhando cada vez mais aplicabilidade na esfera criminal.

O Tribunal Supremo da Espanha, inclusive, ao julgar a STC 220/98 reconhece que uma decisão pautada em provas indiretas pode violar o princípio da presunção de inocência (Dallagnol, 2018).

A irrazoabilidade dos indícios vulnera a presunção da inocência e isso ocorre quando: a) há falta de lógica ou de coerência na estrutura do processo valorativo do tribunal; b) quando são excessivamente abertos, fracos ou indeterminados, que permitam conclusões alternativas razoáveis.

Assim, embora o uso da prova indireta permita atenuar a rigidez da valoração da prova, não se pode esquecer que a legislação brasileira nos crimes contra a ordem tributária, previstos na Lei nº 8.137/90, como também em diversos outros, exige a configuração do dolo como elemento subjetivo. Isto que significa que o agente causador do ilícito deve agir, através de meios indevidos, na intenção de reduzir ou suprimir tributo.

Obviamente que em crimes complexos, como os de sonegação fiscal, a prova do dolo direto é muito difícil, sendo, portanto, aplicada figura do dolo eventual. Eis a problemática em questão, uma vez que se tem de entendido como dolo eventual a figura do desconhecimento, recorrendo nesses casos à figura da teoria da cegueira deliberada, que será objeto de estudo no tópico seguinte.

### 3. A TEORIA DA CEGUEIRA DELIBERADA EM MATÉRIA TRIBUTÁRIA.

A teoria da cegueira deliberada surgiu no direito anglo-saxão no século XIX, sendo posteriormente estudada nos Estados Unidos da América, com objetivo de sanar lacuna acerca do elemento subjetivo do tipo, especificamente o grau de conhecimento que o indivíduo reconhece ter em determinada situação, colocando-se em situação de ignorância.

De acordo com Spencer Toth Sydow (Sydow, 2019) a teoria da cegueira deliberada trabalha com duas possíveis situações, a saber:

(a) a primeira, em que um agente se coloca em situação de cegueira em relação a um ou mais elementos do tipo, em momento anterior à prática da conduta e, quando a conduta ocorre no futuro, encontra-se (ou assim afirma) desprovido de conhecimento acerca de tal (tais) elementos - denominada "cegueira deliberada em sentido estrito"; e (b) a segunda, em que o agente não se coloca em situação de ignorância em relação a um ou mais elementos do tipo mas, suspeitando da existência de tal elemento, deixa de diligenciar no sentido de afastar a dúvida ou corrigir seu desvio evitando, assim, conhecimento e eventualmente responsabilidade - denominada "ignorância deliberada".

Os primeiros julgados que se consideram tratar do tema não enfrentaram diretamente o instituto. No Direito Inglês, em 1861, ficou o conhecido o caso *Regina v Sleep*, em que um ferreiro foi acusado de carregar em um navio barril com parafusos de cobre marcados com o símbolo real de propriedade do Estado. Tal conduta era tipificada como crime pela Lei sobre desfalques em depósitos públicos e exigia o conhecimento do agente sobre o fato da mercadoria ser considerada como bem público. O caso foi

levado ao tribunal do júri que condenou o réu por entender que ele possuía meio razoáveis de saber que os bens estavam marcados, embora não tivesse provas para concluir ele efetivamente sabia. A decisão foi reformada pela Corte por inexistir conhecimento presumido, absolvendo o réu.

Convém trazer os comentários de Guilherme Brenner Lucchesi acerca do caso (Lucchesi, 2017).

Ainda que a decisão da Corte no caso *R. v Sleep* tenha se atido às conclusões do júri, entendendo com base nelas que Sleep deveria ser absolvido por desconhecer a existência da marca real nas provisões, foi considerado pelos juízes Crompton e Willes que a decisão da Corte não se aplicaria aos casos em que os olhos do acusado estivessem voluntariosa e deliberadamente fechados à verdade. Esses dois votos, sem qualquer impacto sobre a decisão proferida pela Corte<sup>325</sup>, são consideradas a origem das discussões sobre a cegueira deliberada na Inglaterra.

Já nos Estados Unidos da América, a cegueira deliberada teve sua aplicação em 1899 no caso *Spurr v. United States*. O gerente de um banco foi acusado de certificar de forma deliberada cheques sem apurar a provisão de fundos na respectiva conta corrente. Os cheques certificados no sistema bancário dos Estados Unidos são semelhantes a figura do cheque administrativo no Brasil, em que o banco garante o pagamento ali descrito. O júri condenou o gerente do banco, chegando o caso à Suprema Corte o gerente foi absolvido por não ter considerado as instâncias inferiores a conduta “deliberada” por parte do agente.

Percebam que tanto no direito inglês como no americano os casos tidos como precursores da teoria da cegueira deliberada não enfrentam diretamente o referido instituto, sendo apenas entendimentos que passaram ser utilizados de forma contumaz nas referidas sociedades, especialmente envolvendo crimes de tráfico de drogas, falências fraudulentas e questões econômicas e tributárias.

Guilherme Brenner Lucchesi narra um caso ocorrido nos Estados Unidos, julgado pelo Tribunal Federal de Recursos do Terceiro Circuito, envolvendo à prestação de declarações fraudulentas às autoridades fazendárias, gerando a sonegação de tributos. O vice-presidente de um grupo empresarial do ramo imobiliário, com formação em contabilidade e direito, tinha como uma de suas responsabilidades supervisionar as operações financeiras do grupo. Ainda que as declarações tributárias fossem feitas por contadores, o acusado não revisava as declarações, muito menos questionava os lançamentos realizados. No caso, considerando o cargo que acusado ocupava, o que o incumbia no dever de vigilância sobre os seus subordinados, poderia até mesmo restar caracterizada uma responsabilidade em razão da relevância da omissão do acusado (2017, 2017).

O aludido autor analisa as consequências jurídicas se o referido caso fosse julgado à luz da legislação penal brasileira e faz os seguintes comentários:

Neste caso, porém, sua responsabilidade depende do grau de comprometimento com o resultado. Como não há controle do autor por omissão sobre o curso causal dos eventos, há sempre apenas uma probabilidade. Para que possa se tratar de dolo – exigido no Brasil para os crimes contra a ordem tributária – é imprescindível que a atuação positiva devida pelo autor omissivo fosse necessária para evitar o resultado com um grau próximo de certeza. Ao

contrário dos crimes comissivos, não basta nesses casos que o autor apenas não se importe com a produção do resultado. O limite entre o dolo e a culpa – e, com isso, entre a possibilidade e a impossibilidade de responsabilização criminal – neste caso aparece com maior clareza, não havendo sentido em recorrer nessa situação particular à construção da cegueira deliberada.

Como se pode ver a simples importação da teoria da cegueira deliberada do direito inglês e americano, sistemas jurídicos da tradição *common law* pode fazer causar problemas estruturais ao ser aplicado no direito brasileiro, de tradição *civil law*. Por isso, para que o “transplante jurídico” da referida teoria seja inserido na legislação brasileira sem que cause irritações capazes de descaracterizá-la é indispensável averiguar o contexto legal de origem e o contexto de legal de destino.

No Brasil, o Código Penal prevê a responsabilidade penal através da apuração do dolo ou culpa, sendo essas espécies claramente definidas na legislação (art. 18, do Código Penal<sup>6</sup>), adotando a teoria do consentimento. Logo, a indiferença do agente pelo resultado do ato praticado consiste em característica do dolo eventual. Ao passo que no direito anglo-saxão os elementos subjetivos do tipo são outros, quais sejam: *purpose*, *knowledge*, *recklessness* e *negligence*.

O elemento *purpose* se refere à ação praticada pelo agente que possui plena consciência da conduta praticada e do seu resultado<sup>7</sup>. O elemento *knowledge* “é representado pela conduta de agir sabendo que é praticamente certo que sua conduta causará o resultado juridicamente proibido”<sup>8</sup>. Já o elemento *reckless* resta configurado quando a conduta comissiva ou omissiva do agente desviar gravemente o padrão de conduta que seria observado por um homem médio, comprometido com cumprimento das normas legais<sup>9</sup>. Por fim, o direito anglo-saxão tem como elemento subjetivo do tipo a *negligence*, que estabelece um dever de cuidado inerente a toda e qualquer pessoa razoável, e não uma pessoa conhecedora da lei, o que difere da *reckless*. Segundo Guilherme Luccesi, “nesta, é estabelecido um dever geral de cuidado que deve ser observado por todas as pessoas,

---

<sup>6</sup> Art. 18 - Diz-se o crime: I - doloso, quando o agente quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo; II - culposo, quando o agente deu causa ao resultado por imprudência, negligência ou imperícia. Parágrafo único - Salvo os casos expressos em lei, ninguém pode ser punido por fato previsto como crime, senão quando o pratica dolosamente.

<sup>7</sup> AMERICAN LAW INSTITUTE. **Model Penal Code**. Filadélfia: American Law Institute, 1962. § 2.02(2)(a): “A person acts purposely with respect to a material element of an offense when: (i) if the element involves the nature of his conduct or a result thereof, it is his conscious object to engage in conduct of that nature or to cause such a result; and (ii) if the element involves the attendant circumstances, he is aware of the existence of such circumstances or he believes or hopes that they exist.” Tradução livre: “Uma pessoa age propositadamente com relação a um elemento material de um delito se, (i) nos casos em que o elemento em questão se refere à natureza de sua conduta ou um resultado por ela produzido, é seu objeto consciente empreender uma conduta de tal natureza ou dar causa a tal resultado, e, (ii) nos casos em que o elemento em questão envolva as circunstâncias concomitantes, ele é ciente da existência de tais circunstâncias ou ele acredita ou espera que elas existam. LUCCHESI. Guilherme Brenner. A punição da culpa a título de dolo: o problema da chamada teoria da “cegueira deliberada”. Tese de Doutorado apresentada ao programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná. Curitiba. 2017, p. 96.

<sup>8</sup> SYDOW, Spencer Toth. A teoria da cegueira deliberada - 4ª Reimp – Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2019, p. 22.

<sup>9</sup> LUCCHESI. Guilherme Brenner. A punição da culpa a título de dolo: o problema da chamada teoria da “cegueira deliberada”. Tese de Doutorado apresentada ao programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná. Curitiba. 2017, p. 97.

enquanto naquela aspira-se a um padrão de conduta exigido de pessoas que possam ser consideradas cumpridoras das leis.”<sup>10</sup>

Após analisar o sistema jurídico penal americano, Guilherme Lucchesi chega a uma conclusão esclarecedora acerca da teoria da cegueira deliberada (Lucchesi, 2017), a saber:

(...) pode-se afirmar que **uma pessoa age com cegueira deliberada quando tem ciência da elevada probabilidade de existência de uma circunstância ou fato elementar do delito, toma medidas deliberadamente voltadas a evitar comprovar a existência do fato ou da circunstância e não acredita na inexistência do fato ou da circunstância.** Quando os três elementos enunciados estão presentes é possível condenar o autor por um crime que exige

*knowledge*, mesmo que ele não tenha conhecimento do fato ou da circunstância elementar do delito. Isso é cegueira deliberada nos Estados Unidos da América.

Destaca-se que essa divisão dos elementos subjetivos do tipo não é aplicada de forma padronizada no sistema jurídico penal anglo-saxão, é adotada tão somente em alguns estados que adotam como base o Código Penal Modelo<sup>11</sup>.

Não se pretende no presente estudo procurar o sistema jurídico penal brasileiro correspondência com os referidos institutos disposto no direito anglo-saxão, pretende-se apenas demonstrar que os dois sistemas penais, brasileiro e anglo-saxão, trazem elementos subjetivos do tipo distintos. Enquanto, no Brasil a indiferença pelo resultado praticado é característica do dolo eventual, no Estados Unidos da América o dolo eventual e a culpa consciente não são conhecidos, surgindo a teoria de cegueira deliberada como uma forma de suprir essa lacuna.

Nesse sentido, são oportunos os comentários de Guilherme Lucchesi (Lucchesi, 2017).

Percebe-se, diante da análise preliminar realizada neste tópico, que o direito penal brasileiro possui ferramentas próprias aptas a lidar com muitas das situações que fazem com que os tribunais americanos precisem recorrer à cegueira deliberada. Em vista do desenvolvimento da dogmática penal nos sistemas jurídicos continentais, há aparentemente poucas lacunas de punibilidade a serem colmatadas.

O que se tem visto, desde o escândalo do mensalão, roubo do Banco Central em Fortaleza e, agora, com a Operação Lava Jato, fala-se muito acerca da Teoria da Cegueira Deliberada. E as provas produzidas nessas investigações criminais são compartilhadas com as autoridades fazendárias, que com base nessas provas constituem o crédito tributário e realizam a representação para fins penais no caso de indícios de sonegação e/ou fraude. Por consequência, o instituto de cegueira deliberada também vem ganhando adeptos na apuração dos crimes contra a ordem tributária.

<sup>10</sup> LUCCHESI, Guilherme Brenner. A punição da culpa a título de dolo: o problema da chamada teoria da “cegueira deliberada”. Tese de Doutorado apresentada ao programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2017, p. 99.

<sup>11</sup> Código desenvolvido por um grupo juizes, advogados e professores, visando um código penal modelo para evitar a aplicação de legislações fragmentadas, de acordo com cada Estado.

Especificamente nos casos dos crimes contra a ordem tributária previstos na Lei nº 8.137/90 se exige a configuração do dolo como elemento subjetivo essencial. Logo, a prova da intenção, mediante ato ilícito, de suprimir ou reduzir tributo é indispensável.

Hugo de Brito Machado comenta sobre o tema (Machado, 2011).

Assim, se a lei define um tipo penal e nada esclarece quando ao aspecto subjetivo do tipo respectivo, esse crime só estará configurado se a conduta descrita em seu tipo ocorrer de forma dolosa. É o que ocorre com os crimes contra a ordem tributária, previstos na Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, que não se reporta a nenhum tipo de crime culposo. Todos os crimes contra a ordem tributária somente se caracterizam quando se trate de conduta dolosa. Assim, e como o erro sobre elemento constitutivo do tipo legal de crime exclui o dolo, é inegável a relevância da distinção existente entre erro do tipo e erro de proibição, no estudo dos crimes contra a ordem tributária.

Todavia, a partir do surgimento da teoria de cegueira deliberada no Brasil, o que se tem observado é a punição pelo desconhecimento, sendo este considerado como um elemento subjetivo substituto ao dolo eventual ou a ele equiparado. Em vista disso, torna-se indispensável observar as decisões judiciais em que a aludida teoria é utilizada como fundamento para configuração de crimes contra a ordem tributária.

#### 4. A APLICAÇÃO DA TEORIA DA CEGUEIRA DELIBERADA NO CENÁRIO BRASILEIRO E SUAS REPERCUSSÕES.

Conforme já explicado a teoria da cegueira deliberada foi transplantada do direito estrangeiro para o Direito Penal brasileiro e vem sofrendo severas críticas por esbarrar especialmente no princípio da legalidade (art. 5º II, XXXIX, CF/88<sup>12</sup>). O Código Penal prevê a responsabilidade penal através da apuração do dolo ou culpa, sendo essas espécies claramente definidas na legislação (arts. 18 e 20, do Código Penal). Por sua vez, a teoria da cegueira deliberada pretende, através de uma construção doutrinária e, notadamente, jurisprudencial, em legitimar a presunção do dolo, considerando conduta dolosa na modalidade eventual, aquele indivíduo de que se coloca em situação de ignorância.

Como a referida teoria não advém do texto legal, convém analisar algumas decisões que utilizaram como fundamento, expressamente ou não, a teoria da cegueira deliberada para configuração dos tipos penais descritos na Lei nº 8.137/90.

O primeiro caso que merece destaque consiste em crime sonegação fiscal imputado aos administradores e ao contador de uma empresa do ramo de engenharia. A sentença de primeiro grau condenou o contador e alguns dos administradores, absolvendo outros. O processo chegou ao Tribunal Regional Federal da 4ª Região, que negou provimento à apelação dos acusados e utilizou como fundamento a teoria de cegueira deliberada, cuja ementa merece destaque:

---

12 Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei; (...) XXXIX - não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal;

DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL. CRIME MATERIAL CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA (ART. 1º, I, II e III, DA LEI 8.137/90). PRELIMINARES RECHAÇADAS. AUTORIA. MATERIALIDADE. DOLO. TEORIA DA CEGUEIRA DELIBERADA. DOSIMETRIA.

1. Não é inepta a denúncia que expõe de forma clara o fato criminoso, com todas as suas circunstâncias, bem como aponta os elementos que supostamente indicariam a autoria delitiva. Adequação plena da peça inicial ao art. 41 do CPP.

2. O sigilo fiscal implica proibição de que se dê a conhecimento público informações detidas pelas autoridades fiscais em razão e para os fins da fiscalização tributária, o que não impede seu compartilhamento com a Polícia e com o Ministério Público para investigação e instrução relativas à resposta penal, mormente quando diz respeito à apuração e punição de crimes contra a ordem tributária.

3. A responsabilidade penal pelo cometimento do crime do art. 1º da Lei 8.137/90 pressupõe a identificação do agente que voltou sua conduta para o cometimento de fraude destinada à supressão ou redução de tributo (dolo direto) ou assentiu com o resultado (dolo eventual). Teoria da cegueira deliberada. Autoria e materialidade comprovadas no caso concreto.

4. Configura o grau de reprovabilidade necessário à incidência da causa de aumento especial - grave dano à coletividade, prevista no artigo 12, inciso I, da Lei 8.137/90 -, quando o montante sonogado é vultoso.

(TRF4 – Apelação Crime nº 5002824-35.2014.404.7006, Des. Relator Leandro Paulsen, DJe 17/10/2014)

Pela ementa já se percebe que a teoria da cegueira deliberada é tratada como uma modalidade de dolo. E é justamente isso que se observa ao longo do voto do Relator, pois consta nos autos diversas provas diretas da atuação dos agentes por meio de conduta dolosa, na modalidade eventual, mas ainda assim a teoria da cegueira deliberada é considerada como fundamento, equiparando-a ao dolo eventual no Brasil<sup>13</sup>.

---

<sup>13</sup> Segue trecho do voto do Relator na Apelação Crime nº 5002824-35.2014.404.7006: “(...) qual ele consta como responsável pelo preenchimento. A propósito, faz-se necessário, ainda, considerar a doutrina da cegueira deliberada, descrita nas lições de Vlamir Costa Magalhães, Christian Laufer e Robson A. Galvão da Silva e de Bruno Teixeira de Castro, respectivamente, verbis: (...) A teoria da cegueira deliberada (willful blindness, também conhecida como doutrina das instruções do avestruz (ostrich instructions) e doutrina da evitação da consciência (conscious avoidance doctrine), consiste em construção jurisprudencial assemelhada à formulação do dolo eventual e por meio da qual se afigura possível o enquadramento, por lavagem de dinheiro, daquele que, mesmo ciente da elevada probabilidade da procedência ilícita dos recursos, assume o risco de produzir o resultado ao agir, ainda assim, de modo indiferente a este conhecimento. Dessa forma, embora seja possível checar a natureza dos bens, o indivíduo que detém o dever de impedir o resultado (ex.: compliance officer ou agente econômico-financeiro) opta pela ignorância confortável, comportando-se como o avestruz que enterra a cabeça para não ver a luz do sol. Em bom português, o garante ou quem se encontra nessa posição faz 'vista grossa' e 'ouvidos de mercador', viabilizando, dessarte, a ocultação de patrimônio ilícito pelo que responderá por lavagem de dinheiro, ainda que com base em dolo eventual. Ainda que considerada a origem inglesa e norte-americana, a tese tem proliferado mesmo em países que adotam o sistema civil Law e consagram textualmente a possibilidade de punição por dolo eventual, como é o caso da Espanha, na qual, a partir do ano de 2000, foram prolatadas dezenas de decisões pelo Tribunal Supremo acolhendo a teoria da cegueira deliberada. Apesar de se tratar de assunto ainda pouco discutido no Brasil, não se vislumbra obstáculo que impeça o acolhimento da teoria da cegueira deliberada, sendo este, ao revés, um imperativo de cunho moral com base legal (art., 18, I, in fine, do CP). (Vlamir Costa Magalhães, in Emerj, RJ, v. 17, n.64, pag. 164-186)

Desnecessária, portanto, a utilização da referida teoria como fundamento, primeiro porque a forma como aplicada a distancia da sua origem (*commom law*), segundo porque a conduta praticada já possui previsão legal expressa na legislação brasileira, não precisando recorrer ao direito estrangeiro.

O Tribunal Regional Federal da 4ª Região, inclusive, passou a adotar a teoria da cegueira deliberada em diversos julgados após decisão prolatada pelo juiz Sérgio Fernando Moro ao julgar um caso envolvendo a prática de crime de descaminho de cigarros, sendo o seu fundamento utilizado de forma reiterada em outros julgados<sup>14</sup>.

---

*(...) A jurisprudência dos EUA, ao longo do último século, construiu o raciocínio segundo o qual atua dolosamente o agente que preenche o tipo objetivo ignorando algumas peculiaridades do caso concreto por ter se colocado voluntariamente numa posição de alienação diante de situações suspeitas, procurando não se aprofundar no conhecimento das circunstâncias objetivas. Trata-se da teoria da cegueira deliberada. Fora do sistema da Common Law, o Tribunal Constitucional da Espanha vem acatando esse entendimento há quase uma década, no sentido de dizer que atua dolosamente quem pratica o núcleo do tipo, diante de uma situação suspeita, colocando-se em condição de ignorância, sem se importar em conhecer mais a fundo as circunstâncias de fato.*

*No Brasil, Moro, em matéria de lavagem de capitais, defende serem subjetivamente típicas condutas que tenham sido praticadas nessa situação de 'autocolocação em estado de desconhecimento', quando o agente procura não conhecer detalhadamente as circunstâncias de fato de uma situação suspeita.*

*(...) Na doutrina brasileira, ensinam Zaffaroni e Pierangeli que não se exige, para o dolo eventual, o 'completo conhecimento dos elementos do tipo objetivo'. Para eles, há dolo eventual mesmo quando o autor duvida de alguns desses elementos e, mesmo assim, age de modo a assumir o risco de produzir o resultado normal do tipo, conformando-se com ele.*

*Esse é o mesmo entendimento de Roxin, que afirma 'agir com dolo eventual' aquele que, suspeitando da presença dos elementos do tipo objetivo - mas sem a certeza absoluta - age de modo a possivelmente produzir o resultado típico. (Christian Laufer e Robson A. Galvão da Silva, in Boletim, IBCCRIM, ano 17, nº 204, Novembro 2009, pag. 10)*

*(...) Segundo Gabriel Habib (2011, p. 188), a teoria da cegueira deliberada, também conhecida como teoria do avestruz, willful blindness doctrine, conscious avoidance doctrine ou ostrich instruction, teve origem na jurisprudência dos Estados Unidos da América com o caso United States v. Campell. No citado episódio, Campell, vendedora do mercado imobiliário, foi denunciada pelo delito de lavagem de dinheiro, em razão de ter realizado um negócio jurídico de venda de um imóvel a um traficante de drogas que se fazia passar por uma pessoa de alto poder aquisitivo, sem revelar a Campell sua real identidade. O imóvel foi vendido por cerca de cento e oitenta mil dólares, dos quais sessenta mil dólares foram pagos em dinheiro. Durante esse julgamento, uma testemunha afirmou que Campell disse que o dinheiro poderia ser proveniente de atividades ilícitas. Com base nesta informação e em outras constantes nos autos do processo, Campell foi condenada pelo delito de lavagem de dinheiro, com o fundamento de que ela teria deliberadamente fechado os olhos para o fato de que os recursos utilizados para a aquisição do imóvel decorriam do tráfico de substâncias psicotrópicas e que aquela transação tinha a finalidade de mascarar a origem ilícita daqueles recursos.*

*Esta tese tem sido adotada pelos tribunais dos Estados Unidos da América, desde que haja prova de que o agente tinha conhecimento da possibilidade da origem ilícita dos bens e preferiu, deliberadamente, se manter indiferente quanto à origem irregular destes. Daí a expressão teoria do avestruz. A avestruz, ao menor sinal de perigo, enterra a sua cabeça na terra e não vê o que está passando ao seu redor.*

*(...) De acordo com Sergio Fernando Moro (2010, p. 69), a teoria da cegueira deliberada pode ser trazida para a prática jurídica nacional, uma vez que, diante da falta de disposição legal específica na lei de lavagem de dinheiro contra a admissão do dolo eventual, é possível a aplicação da previsão genérica desta modalidade de dolo prevista no art. 18, I, do Código Penal. (Bruno Teixeira de Castro, in Estudo sobre a aplicação da teoria da cegueira deliberada nos crimes de lavagem de dinheiro - Coleção Jornada de Estudos, 19, pags. 69/80)*

*No caso em comento, entendo estar evidenciada a conduta do réu Elio de fazer 'vista grossa' ao procedimento das 'notas fiscais calçadas', admitido por ele em seu depoimento (fls. 398/399), ignorando deliberadamente as consequências dessa prática, deixando de impedir o resultado e assumindo, portanto, o risco de produzi-lo, razão pela qual, não merece reforma a r. sentença.*

<sup>14</sup> PENA. CONTRABANDO. DESCAMINHO. MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS. TRANSPORTE DE CIGARROS. RESPONSABILIDADE CRIMINAL DO MOTORISTA. DOLO EVENTUAL E CEGUEIRA DELIBERADA. 1. Nos crimes de contrabando e/ou descaminho, a materialidade e a autoria são comprovadas, em regra, com os documentos elaborados e lavrados pela autoridade fiscal competente e responsável

O segundo caso que merece destaque também consiste em crime sonegação fiscal imputado ao administrador e ao contador de uma empresa. Em primeira instância o contador foi absolvido e o administrador condenado. O caso chegou ao Tribunal Regional Federal da 3ª Região, com recurso do Ministério Público Federal sustentando a aplicação da teoria da cegueira deliberada, porém foi negado provimento ao recurso<sup>15</sup>. Fundamenta a não aplicação da teoria a cegueira deliberada em razão do órgão acusador não ter demonstrado de forma intencional e inescusável a conduta do agente de autocolocação em estado de desconhecimento. Contudo, destaco trecho do voto condutor que transcreve trecho da decisão de primeira instância (Apelação Criminal, 2015), a saber:

Não ignoro que é, para dizer o mínimo, suspeito que o denunciado, atuante na área de contabilidade há mais de 30 (trinta) anos, jamais tenha percebido alterações tão bruscas no quadro de faturamento da empresa. **Se houvesse indícios mais robustos nos autos, haveria de se cogitar a aplicação da chamada de doutrina da chamada doutrina da cegueira deliberada ou "instrução de avestruz" (willfull blindness/ostrich instructions), para deduzir a presença de dolo eventual.** Isto é, por ter se colocado em posição de alienação de situações suspeitas, buscando não aprofundar as circunstâncias objetivas, atua dolosamente o agente que preenche o tipo objetivo. É a intencional e inescusável autocolocação em estado de desconhecimento, para fins de auferir alguma vantagem da situação objetivamente suspeita. (grifos nossos).

Percebam que o fundamento utilizado permite a aplicação a teoria da cegueira deliberada, através de uma construção doutrinária e, especialmente, jurisprudencial, como forma de deduzir a presença do elemento subjetivo dolo eventual, ou seja, legítima a presunção do dolo para aquele indivíduo de que se coloca em situação de ignorância.

Mais uma vez esse fundamento deturpa a origem da teoria da cegueira deliberada, que é aplicada em um sistema jurídico que não existe a figura do dolo e da culpa. Portanto, no Brasil o que ocorre é uma relativização diante da necessidade de configuração do elemento subjetivo do tipo penal, que no caso dos crimes contra a ordem tributária consiste no dolo.

---

pela diligência por ocasião da apreensão das mercadorias. 2. Age dolosamente não só o agente que quer o resultado delitivo, mas também o que assume o risco de produzi-lo (art. 18, I, do Código Penal). Motorista de veículo que transporta grande quantidade de produtos contrabandeados não exclui a sua responsabilidade criminal escolhendo permanecer ignorante quanto ao objeto da carga, quando tinha condições de aprofundar o seu conhecimento. Repetindo precedente do Supremo Tribunal Espanhol (STS 33/2005), 'quem, podendo e devendo conhecer, a natureza do ato ou da colaboração que lhe é solicitada, se mantém em situação de não querer saber, mas, não obstante, presta a sua colaboração, se faz devedor das consequências penais que derivam de sua atuação antijurídica'. Doutrina da cegueira deliberada equiparável ao dolo eventual e aplicável a crimes de transporte de substâncias ou de produtos ilícitos e de lavagem de dinheiro. 3. Apelação criminal improvida. (TRF4, AC nº 50099722-81.2011.4.04.7002, Relator Sérgio Fernando Moro, 23/09/2013)

<sup>15</sup> PENAL. LEI 8.137/90, ART. 1º, II. CONTADOR. AUTORIA NÃO COMPROVADA. ABSOLVIÇÃO MANTIDA. Até prova em contrário, o contador, como empregado ou prestador de serviços, elabora as declarações de acordo com as orientações e com base na documentação fornecida pelo administrador da pessoa jurídica, competindo a este o poder de decidir se haverá ou não supressão de tributo, ou seja, a decisão quanto à prática ou não do crime. Incumbe à acusação produzir prova robusta e apta a demonstrar, com certeza, a materialidade e a autoria delitiva. Não demonstrada, de forma cabal, a participação do contador nas fraudes perpetradas, é de rigor a manutenção da absolvição no tocante ao delito do art. 1º, II, da Lei nº 8.137/90, com fulcro no art. 386, V, do CPP. (TRF3, Apelação Criminal nº 000547-47.2008.4.04.7102. Des. Relator Sebastião Ogê Muniz, DJe 06/11/2015)

Destaca-se novamente que no direito americano não existe a figura do dolo e da culpa, possuindo matrizes jurídicos-filosóficas diferentes do direito brasileiro. Por isso, que a teoria da cegueira deliberada surge como uma forma de colmatar uma lacuna, que inexiste no direito brasileiro.

Esse mesmo raciocínio já foi inclusive objeto de análise pelo Superior Tribunal de Justiça no julgamento do Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 85.538/RS, que julgou prejudicado o recurso, mantendo a sentença condenatória, cujo fundamento do voto foi pautado nos argumentos do parecer do Ministério Público Federal, que sustenta a aplicação da teoria da cegueira deliberada como meio de prova de indireto para deduzir a presença do dolo eventual (RHC , 2018).

A preocupação na análise do assunto e do relato desses casos consiste na relevância de verificar a real necessidade de importação da teoria da cegueira deliberada do direito estrangeiro ou se seria mais uma forma de o fisco arrecadar mais recursos, através da aplicação de multas isoladas em 150%, assim como um contorcionismo dos órgãos acusadores em caracterizar como dolo eventual condutas culposas.

Ao que parece o sistema jurídico é muito claro em caracterizar o elemento subjetivo do tipo, isto é, aparentemente existem poucas lacunas que precisam ser colmatadas a respeito da punibilidade, como fazem os tribunais americanos que precisam recorrer à teoria da cegueira deliberada, tendo em vista que não conhecem a figura do dolo eventual ou da culpa consciente.

São oportunas as lições de Guilherme Lucchesi (Lucchesi, 2017) ao comparar os pressupostos observados pelo direito americano e o direito brasileiro para aplicação da teoria da cegueira deliberada.

Nesse ponto, aparenta haver clara inconsistência entre a doutrina majoritária proponente da cegueira deliberada no Brasil e a regra extraída a partir da análise dos precedentes americanos.

Por um lado, cegueira deliberada nos Estados Unidos é utilizada como substituto do elemento knowledge, estando presente quando o autor (i) tem ciência da elevada probabilidade de existência de uma circunstância ou fato elementar do delito, (ii) toma medidas deliberadamente voltadas a evitar comprovar a existência do fato ou da circunstância e (iii) não acredita na inexistência do fato ou da circunstância. Por outro lado, a jurisprudência brasileira, amparada direta ou indiretamente nos escritos de Moro, convencionou aplicar o que se chama “cegueira deliberada” a partir do reconhecimento de dolo eventual na lavagem de dinheiro quando o autor (i) tem ciência da elevada probabilidade de que os bens envolvidos tinham origem delituosa; (ii) age de forma indiferente quanto à ciência dessa elevada probabilidade e (iii) escolhe deliberadamente manter-se ignorante a respeito dos fatos, em sendo possível a alternativa.

O direito brasileiro traz como pressuposto a conduta indiferente do agente, que não há no direito americano justamente em razão de não ser o dolo uma categoria dos seus elementos subjetivos. Todavia, no Brasil o sistema jurídico penal prevê a figura do dolo eventual, sendo a indiferença uma de suas características, logo a teoria da cegueira deliberada consiste em um componente do dolo eventual.

Ocorre que tal equiparação, além de não existir na sua origem, alarga o conceito de dolo, podendo até mesmo responsabilizar o agente por uma conduta dolosa, mas que na verdade configura uma situação culposa, eis o risco da importação da referida teoria para o Direito Brasileiro.

A dificuldade da prova direta do elemento subjetivo do tipo é de extrema dificuldade, porém não se pode esquecer que a figura do dolo exige conhecimento e vontade. Esses são elementos estabelecidos nos arts. 18 e 20, do Código Penal. Por isso, na legislação brasileira jamais o desconhecimento pode ser equiparado por meio indireto ao conhecimento, no entanto, a depender da situação prática, é possível imputar um grau de conhecimento capaz de configurar a conduta dolosa, mas isso não significa a aplicação da teoria da cegueira deliberada, mas sim a aplicação dos arts. 18 e 20, do Código Penal, de acordo com as definições de vontade e teorias do conhecimento adotadas.

## 5. CONCLUSÃO

A preocupação em abordar a presente temática consiste na insegurança jurídica em que o contribuinte de boa-fé se encontra, pois a aplicação da teoria da cegueira deliberada permite que um mero descuido e/ou equívoco cause repercussões criminais, através da presunção de má-fé e de uma conduta dolosa, em virtude de uma situação de desconhecimento.

Chama atenção ainda o espaço que a aludida teoria vem ganhando em casos de grande repercussão, como a Operação Lava Jato, que possui um grande material probatório apreendido e compartilhado com vários órgãos, tais como Receita Federal, CADE, CGU, etc. Portanto, o material utilizado, e a sua respectiva fundamentação, tem sido reverberado em diversas esferas, podendo ocorrer o mesmo com a teoria da cegueira deliberada.

Embora seja tentadora o uso da teoria da cegueira deliberada, seja porque é forma de alcançar situações de difícil comprovação do dolo, seja porque é uma forma de tornar o argumento mais sofisticado através do uso do direito comparado, o que se verifica é que ela totalmente dispensável no direito brasileiro, uma vez que a legislação penal brasileira, ao contrário da anglo-saxã, já possui os elementos subjetivos do tipo suficientemente definidos, alcançando o dolo eventual aquelas situações em que o agente se porta de forma indiferente ao resultado.

A aludida teoria, na verdade, passou a ser uma forma de contornar as dificuldades de prova acerca do dolo e da individualização das condutas em crimes complexos, como os crimes de colarinho branco, legitimando a responsabilidade penal objetiva, bem como viabilizando a punição de conduta culposa como dolosa. É fato que o ordenamento jurídico deve viabilizar instrumento que facilitem a atividade investigativa do Estado, notadamente em casos em que apuração dos fatos e acesso, ainda que parcial, da verdade seja impossível, a fim de mitigar impunidades, porém tal fato não pode servir de justificativa para deturpar o referido instituto, distanciando-o da sua origem, e violar princípios constitucionais, como o da legalidade, por exemplo.

Assim, por mais que seja uma forma de viabilizar a punição em casos complexos, evitando impunidades, tal fato não pode servir de justificativa para sua aplicação. Se

assim fosse, o princípio da legalidade e da segurança jurídica seriam afastados e o utilitarismo processual prevaleceria, os fins justificando os meios.

Desta feita, conclui-se que o transplante da teoria da cegueira deliberada para Brasil, além de desnecessário, poderá trazer mais prejuízos do que benefícios, uma vez que, através de uma mera construção jurisprudencial, poderá violar direitos e garantias assegurados pela Constituição Federal.

## REFERÊNCIAS

AMERICAN LAW INSTITUTE. Model Penal Code. Filadélfia: American Law Institute, 1962. § 2.02(2)(a):

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4.a Região. Apelação Criminal nº 5002824-35.2014.4.04.7006. Rel. Sebastião Ogê Muniz, 09 dez. 2014. Diário Eletrônico da Justiça Federal da 4.a Região, Porto Alegre, 25 ago. 2019.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4.a Região. Apelação Criminal nº 5009722-81.2011.4.04.7002. Rel. Sérgio Fernando Moro, 18 set. 2013. Diário Eletrônico da Justiça Federal da 4.a Região, Porto Alegre, 02 set. 2019.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 3.a Região. Apelação Criminal nº 000547-47.2008.4.04.7102. Des. Relator Sebastião Ogê Muniz, 06 nov. 2015. Diário Eletrônico da Justiça Federal da 3.a Região, São Paulo, 25 ago. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Decisão Monocrática. Recurso em Habeas Corpus nº 85.538-RS, Min. Relatora Maria Thereza de Assis Moura. 30 ago. 2019. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, 03 ago de 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão. Ação Penal nº 470/MG. Rel. Joaquim Barbosa, 27 ago. 2019. Diário da Justiça Eletrônico, Brasília, 22 abr. 2013.

CARVALHO, Paulo de Barros. Curso de Direito Tributário. São Paulo, Saraiva, 1995, p.260, *apud* MARINS, James. Direito Processual Tributário Brasileiro (Administrativo e Judicial). São Paulo. Dialética, 5ª edição, 2010.

DALLAGNOL, Deltan Martinazzo. As lógicas das provas no processo: prova direta, indícios e presunções, 1ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

LUCCHESI. Guilherme Brenner. A punição da culpa a título de dolo: o problema da chamada teoria da “cegueira deliberada”. Tese de Doutorado apresentada ao programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná. Curitiba. 2017.

MACHADO, Hugo de Brito. Crimes contra a ordem tributária. 3ª edição. São Paulo: Atlas, 2011.

MARINS, James. Direito Processual Tributário Brasileiro (Administrativo e Judicial). São Paulo. Dialética, 5ª edição, 2010.

MENDONÇA, Andrey Borges de. Do processo e julgamento. In: CARLI, Carla Veríssimo de (org). Lavagem de dinheiro: prevenção e controle penal. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2011, p. 504, *apud* DALLAGNOL, Deltan Martinazzo. As lógicas das provas no processo: prova Direta, indícios e presunções. 1ª Edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

OLIVEIRA, Daniel Kessler. A Cegueira Deliberada e os Crimes Tributários. 2016; Tema: Crimes Tributários. Site: <https://canalcienciascriminais.jusbrasil.com.br/artigos/373551874/a-cegueira-deliberada-e-os-crimes-tributarios>. Acesso em: 02/09/2019.

PAOLA, Leonardo Sperb de. Presunções e Ficções no Direito Tributário. Belo Horizonte. Del Rey, 1997.

SEGUNDO, Hugo de Brito Machado. Processo Tributário. 6ª Edição. São Paulo. Atlas. 2012.

SCHOUERI, Luís Eduardo. Direito Tributário. 8ª Edição. Saraiva Educação. 2018.

SYDOW, Spencer Toth. A teoria da cegueira deliberada - 4ª Reimp – Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2019.

TARUFFO, Michele. Uma simples verdade. O juiz e a construção dos fatos. Tradução Vitor de Paula Ramos, São Paulo: Marcial Pons, 2012.

TOMÉ, Fabiana Del Padre. A prova no Direito Tributário. 4ª Edição. São Paulo. Noeses, 2016.





# ECONOMIA SOLIDÁRIA, POLÍTICAS PÚBLICAS DE MICROCRÉDITOS E DIREITOS FUNDAMENTAIS NO BRASIL: DESAFIOS E PERSPECTIVAS

*Jeferson Teodorovicz<sup>1</sup>*

## RESUMO

O trabalho analisa a economia solidária e a política pública de microcrédito no Brasil à luz dos direitos fundamentais na realidade brasileira. Os direitos fundamentais são analisados enquanto norte orientador para a concretização da economia solidária no âmbito da concessão da política de microcréditos na realidade brasileira. Os direitos fundamentais ligados à solidariedade social têm essencial importância nesse contexto. Após análise que priorizou a estratégia metodológica de levantamento de dados e revisão bibliográfica, a pesquisa concluiu pela necessidade de maior volume de empreendimentos dedicados à expansão de políticas públicas de concessão de microcrédito para o fortalecimento de empreendimentos baseados na lógica da economia solidária na realidade brasileira.

**PALABRAS CLAVES:** Direitos Fundamentais; Economia Solidária; Microcrédito; Políticas Públicas; Solidariedade Social.

**SOLIDARITY ECONOMY, MICROCREDIT PUBLIC POLICIES AND FUNDAMENTAL RIGHTS IN BRAZIL: CHALLENGES AND PERSPECTIVES**

## ABSTRACT

The paper analyzes the solidarity economy and the public policy of microcredit in Brazil in the light of fundamental rights in the Brazilian reality. Fundamental rights are analyzed as a guiding principle for the implementation of the solidarity economy in the context of granting the microcredit policy in the Brazilian reality. Fundamental rights linked to social solidarity are essential in this context. After an analysis that prioritized the methodological strategy of data collection and bibliographic review, the research concluded the need for a greater volume of projects dedicated to the expansion of public policies to grant microcredit for the strengthening of enterprises based on the logic of solidarity economy in the Brazilian reality.

**KEYWORDS:** Fundamental Rights. Solidarity Economy. Microcredit. Public Policies. Solidarity.

## 1. Introdução

O presente trabalho busca apresentar alguns delineamentos da ligação entre os direitos fundamentais, inclusive através do constitucionalismo democrático social contemporâneo, e o fenômeno da economia solidária vinculada às políticas públicas de concessão do microcrédito no Brasil.

---

<sup>1</sup> Professor Permanente do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu (Mestrado Acadêmico) em Direito da Universidade Católica de Brasília - UCB-DF. Conselheiro Titular do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais - CARF.

Pretende-se demonstrar a importância da economia solidária em sua conexão com os direitos fundamentais, já que a economia solidária favorece a veiculação de diferentes políticas públicas, especialmente destinadas à viabilização de propostas alternativas de desenvolvimento econômico conectados à solidariedade social.

As políticas públicas de “microcrédito”, nesse contexto, elevam-se enquanto desdobramentos da própria economia solidária, já que reúnem série de empreendimentos baseados em suas estruturas fundamentais.

Nesse sentido, portanto, a verificação da viabilidade das políticas públicas de microcrédito, que, indiscutivelmente demonstram a concretização empírica da economia solidária (à luz da Solidariedade Social) na realidade brasileira, é o objetivo central do presente estudo.

## 2. DIREITOS FUNDAMENTAIS E CONSTITUCIONALISMO DEMOCRÁTICO

A evolução histórica da humanidade registra determinados esforços dedicados à elevação dos Direitos Fundamentais Individuais, conforme se observa em Cartas Constitucionais e Declarações de Direitos, a exemplo da Magna Carta, de 1215, da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão na França, de 1789, proveniente da Revolução Francesa e, conseqüentemente, da Constituição Francesa de 1791, assim como da Constituição Norte-Americana, que resultou da Independência norte-americana (CANOTILHO, 2002, p.55). Todos esses documentos trataram de limites (ou princípios) a serem observados no exercício do poder estatal governamental, refletindo-se através do reconhecimento expresso das chamadas “Gerações ou Dimensões de Direitos Fundamentais” (BOBBIO, 2004, p.140-148; BONAVIDES, 2007, p.562; COMPARATO, 2015, pp. 85 e ss; 111 e ss; 140-185).

Historicamente, a primeira geração ou dimensão dos direitos fundamentais surge em um ambiente no qual emergia a Revolução Francesa e a Independência Norte-Americana, que congregaram a importância dos direitos fundamentais individuais ligados à liberdade, à propriedade e à igualdade (COMPARATO, 2015, pp. 85 e ss; 111 e ss; 140-185). O contexto anterior vivenciado pelo Absolutismo Monárquico Francês ou, no caso norte-americano, dominados pela Monarquia Inglesa, justificava o horror à intervenção estatal exacerbada na vida e na liberdade individual. Em ambos os casos, a estrutura política e social caracterizada pela existência de uma minoritária aristocracia tacanha e insensível à necessidade da esmagadora maioria da população, foi sucedida por experiências dedicadas à extinção do sistema de castas naquelas nações, que, ainda que cada qual caminhando por rumos diferentes, favoreceu a identificação desses três valores fundamentais incorporados nas culturas francesa e norte-americana.

Contudo, com a gradual superação do “Estado Absoluto” europeu em meados do século XVIII e início do século XIX, sob a perspectiva econômica, a emergente classe burguesa logo passa a liderar campos que antes eram relegados às castas privilegiadas. Assim, passam a aglutinar poder econômico e político, conseguindo, em muitos casos, efetivamente dirigir certos setores da sociedade. O liberalismo filosófico dos filósofos políticos admiradores (e impulsionadores) da independência norte-americana e revolução francesa parecia concordar que naquelas experiências políticas anteriores, a participação Estatal quase sempre significaria um leque de abusos e arbitrariedades do

Poder Público perante o indivíduo (ROUSSEAU, s/d, p. 48; MONTESQUIEU, s/d, p. 221-234; LOCKE, 1978, p. 90). Sob a perspectiva econômica, já apareciam importantes pensadores dedicados à restrição da atuação estatal na vida econômica e social do país.

As ideias de Adam Smith, por exemplo, em um ambiente permeado pelo trauma de uma intervenção estatal arbitrária e violenta, foram favorecidas e, em alguns aspectos, aplicadas como Políticas Econômicas Liberais, impulsionando a formação do “Estado Guarda-Noturno”, ou “Estado Não-Interventor”, ou “Estado Liberal Clássico” (TORRES, 2013, p. 07-10; TORRES, 1991, p. 01-09), expressões essas que sintetizam a diminuição da atuação estatal na vida econômica e social da população (SMITH, 1996, p. 282-285. MILL, 1996, p. 375 e ss).

O ambiente econômico e social sucedido a esse ambiente, especialmente no século XIX, caracteriza-se pela industrialização e urbanização das cidades, onde o homem sai do campo para tentar a sorte nas cidades. Contudo, o burguês, agora reconhecido capitalista, sócio ou administrador das empresas que empregavam os trabalhadores industriais, agora proletários, não raramente mantinha-se desconectado de qualquer direito fundamental atribuído ao trabalhador de sua indústria. De forma generalizada, a relação trabalhista, naquele ambiente, era marcada por grave desequilíbrio entre o empregador, capitalista, e o trabalhador, o empregado, orientada pela informalidade e pela completa ausência de direitos básicos atribuíveis ao operário.

A injustiça e os abusos ao trabalhador tornaram-se insuportáveis a ponto de incutir as famosas Revoluções Industriais. De maneira análoga, impulsionaram os primeiros estudiosos ligados ao socialismo, como Marx e Engels, cujos posicionamentos políticos refletiam a terrível situação do trabalhador naqueles tempos cuja atuação estatal era obstaculizada pelo poder econômico do capital.

Por outro lado, no mesmo período das Revoluções Industriais, surge na Europa o fenômeno da economia solidária, ainda que não originalmente identificada com essa denominação, mas já embrionária na organização de artesãos retirados do mercado capitalista em face do aperfeiçoamento tecnológico trazido pelas máquinas a vapor (SINGER, 1996, p.04).

Ali surgem as primeiras experiências associativas cooperadas. Na Grã-Bretanha, por exemplo, os primeiros sindicatos (*trade unions*) e as primeiras cooperativas começam a aparecer, elevando-se contribuição de Robert Owen, que foi sucedido por uma plêiade de esforços que consolidaram o cooperativismo de consumo na Europa (SINGER, 1996, p.24-38).

Entretanto, mesmo com ponderações graduais, no século XIX prevaleceu o liberal capitalismo individualista, favorecendo o surgimento de grandes empresas, fortalecidas à míngua da exploração dos trabalhadores.

O século XX, não obstante, registraria ingredientes que ponderariam mais o padrão político-econômico proeminente na Europa e América, a exemplo da Primeira Guerra Mundial (1914-1918), travada na Europa, que favoreceria o surgimento de um novo pêndulo do poder mundial, já puxado pelo emergente Estados Unidos da América, e a Crise da Bolsa de Nova York de 1929, que ocasionou a implosão de investimentos conectados à Bolsa de Nova York (CONTADOR, 1992, p. 11-12).

O “Crack” da Bolsa de Nova York, por sinal, produziu um efeito cascata desmantelando o capital mundial, inclusive com efeitos negativos na própria economia cafeeira brasileira, em meados da década de 1930. Além disso, em outras regiões do mundo, os efeitos nefastos da exploração do trabalhador produziram conseqüências ainda mais incisivas. Também por tais motivos, o socialismo de Marx alcançou êxito através da revolução russa ocorrida em 1917, que pôs fim à monarquia absolutista dos czares, instaurando a primeira nação socialista do mundo, a União Soviética.

Em um ambiente histórico em que a crítica à estrutura capitalista clássica ganhava ares de revolta iminente, surge a premente necessidade de reestruturação da política econômica global, que substituísse ou ponderasse o capitalismo liberal clássico individualista. Nesse contexto, emerge a Política Econômica Keynesiana, pautada no intervencionismo estatal dedicado à valorização de melhor distribuição de riquezas e à busca pelo emprego (KEYNES, 1971, p. 81-119; KEYNES, 1992, p. 23).

A essas finalidades a política econômica alcançou teor instrumental, garantindo ao Estado papel protagonista na consecução dessas finalidades. O Estado passa a intervir na economia e na sociedade como forma de superação da crise econômica instaurada. Era a Política Econômica Anticíclica Keynesiana. Aliada a essa conjuntura político-econômica marcada pela maior intervenção estatal também resplandecia o constitucionalismo social trazido pela Constituição de 1917, no México, e pela Constituição de 1919, de Weimar, na Alemanha (COMPARATO, 2015, p. 189-212). Ambas consagravam os chamados direitos sociais, caracterizados como direitos de 2ª Geração ou 2ª Dimensão (BONAVIDES, 2007, p. 564 e ss).

Os direitos à saúde pública, à educação universal, à assistência social, à previdência social passam gradualmente a incorporar agendas políticas estatais, fortalecendo direitos e garantias individuais do cidadão. São os direitos sociais, culturais e econômicos, portanto (BONAVIDES, 2007, p. 564 e ss).

Nada obstante, o ambiente histórico posterior, registrando a 2ª Guerra Mundial, teve severas dificuldades para pôr em prática tais direitos fundamentais, especialmente em um ambiente em que o intervencionismo estatal exacerbado favoreceu o surgimento de regimes totalitários como o nazismo alemão e o fascismo italiano, marcados pelo nacionalismo extremado e pelo desrespeito aos direitos humanos.

Ao fim da Segunda Guerra Mundial, emerge a ONU (Organização das Nações Unidas), herdeira da Liga das Nações, proclamando, em 1948, sua Declaração dos Direitos Fundamentais, que eleva e fortalece a universalidade do direito fundamental à vida humana digna (COMPARATO, 2015, p. 237). Nesse contexto, o movimento constitucionalista europeu democrático pós-guerra é marcado pela majoração da atuação estatal na busca pela proteção da dignidade da pessoa humana, característica reproduzida em todas as Constituições Democráticas Europeias vigentes a partir daquele momento.

Desse contexto histórico emergem fenômenos importantes, especialmente tendentes ao respeito aos direitos coletivos e transindividuais. A proteção constitucional agora não se restringe ao indivíduo, mas também à coletividade. São os direitos ligados à solidariedade e à fraternidade. São os direitos de 3ª geração ou dimensão. São os

direitos coletivos, difusos e transindividuais ou homogêneos (BONAVIDES, 2007, p.569 e ss).

Sobre os direitos fundamentais de terceira geração ou dimensão, Paulo Bonavides acrescenta:

Os publicistas e juristas já os enumeram com familiaridade, assinalando-lhe o caráter fascinante de coroamento de uma evolução de trezentos anos na esteira da concretização dos direitos fundamentais. Emergiram eles da reflexão sobre temas referentes ao desenvolvimento, à paz, ao meio ambiente, à comunicação e ao patrimônio comum da humanidade. A teoria, com Vasak e outros, já identificou pelo menos cinco direitos da fraternidade, ou seja, da terceira geração: o direito ao desenvolvimento, o direito à paz, ao meio ambiente, à comunicação e ao patrimônio comum da humanidade (BONAVIDES, 2007, p.569-570).

Ainda, refletindo sobre o tema, Bonavides também considera, à luz dos ensinamentos de Etienne-R. Mbaya, a solidariedade, no lugar de fraternidade:

Ao contrário de Vasak, a expressão que Etienne-R. Mbaya, o brilhante jusfilósofo de Colônia, formulador do chamado “direito ao desenvolvimento”, usa para caracterizar os direitos da terceira geração é solidariedade e não fraternidade (BONAVIDES, 2007, p.570).

Na visão do autor, as gerações ou dimensões de direitos, sobretudo os direitos fundamentais de terceira geração, seriam marcadas pela solidariedade, portanto.

De todo modo, temas antes ignorados passam a ser colocados como pautas de discussões políticas internacionais, como a necessidade de um novo modelo de desenvolvimento que não priorizasse apenas o aspecto econômico ou financeiro, mas que congregasse também elementos direcionados à elevação do bem-estar social, da proteção ao meio ambiente, entre outros fatores.

A própria noção de desenvolvimento (outrora apenas relegado ao aspecto econômico) passa a ser também identificado como desenvolvimento sustentável, ou seja, o desenvolvimento equilibrado, consciente, que não comprometa os recursos naturais das futuras gerações, conforme se pode observar, no Brasil, no próprio artigo 225 da Constituição da República.

Não é por acaso a necessidade do reconhecimento do reflexo dessas dimensões ou gerações de direitos fundamentais, que passam a incorporar gradualmente o sistema jurídico brasileiro, até finalmente se consolidar através da Constituição de 1988, a “Constituição Cidadã”.

Reforce-se, contudo, que, no contexto brasileiro, a problemática dos direitos humanos fundamentais, campo de estudo fortemente ligado ao pós-positivismo democrático europeu Pós-Guerra, encontrou resistência (e até, por sinal, certo desconhecimento) no período ditatorial (1964-1985) na realidade brasileira, quando resplandecia, com toda sua força, as tendências ao positivismo e ao formalismo jurídico no Direito Público (CAMPILONGO, 2008, p. 329-344; BOBBIO, 1995, p. 144-145).

Por outro lado, entre as décadas de setenta e oitenta, a América Latina vivenciou forte crise econômico-social diretamente conectada com a chamada “Crise do Petróleo” (GREMAUD; VASCONCELLOS; JUNIOR, 2015, p. 536 e ss), que intensificou o

processo de quebra de empresas e impulsionou o desemprego em massa. O Brasil não foi excluído desse contexto, enfrentando os mesmos infortúnios.

Percebeu-se, finalmente, que o modelo econômico adotado mundialmente não poderia mais manter-se com as mesmas premissas de política econômica.

Nesse contexto de profunda crise econômica e social, começam a surgir esforços por determinados setores da sociedade, motivados pelas numerosas quebras de empresas, gerando demissão em massa de trabalhadores.

Assim, a economia solidária no Brasil, impulsiona-se pelo incentivo a esses trabalhadores demitidos de empresas falidas, a organizarem-se, assumindo a gestão e a produção dessas mesmas, agora em uma organização colaborativa pautada na autogestão e na repartição igualitária de ganhos.

Com o passar dos anos, a organização cooperada repercute-se em outros campos sociais e econômicos, impulsionados pela Igreja Católica, por universidades e também pelo Movimento dos Trabalhadores Sem-Terra, que passam a adotar como padrão de trabalho a organização cooperada em seus assentamentos. Todas essas variantes influenciando em um ambiente histórico em que as dimensões ou gerações de direitos fundamentais ainda se encontravam em gradual reconhecimento, o que ocorreria com maior clareza na Constituição de 1988, pois resultante do processo de redemocratização que a antecedeu (e com ela as tendências estrangeiras do constitucionalismo democrático e do próprio pós-positivismo).

É a partir da vigência da Constituição de 1988 que os direitos fundamentais, agora previstos no início da Constituição, passam a receber efetiva atenção, sobretudo através das peculiares (e diferenciadas) lentes atentas à influência das “Gerações ou Dimensões de Direitos Fundamentais” (FILHO, 2009, p. 06; BONAVIDES, 2007, p. 563; PIOVESAN, 2006, p.26-27. KANT, 1989, p. 29-33).

De grande simbolismo, nesse ambiente, foi a inclusão expressa da dignidade da pessoa humana como fundamento constitucional previsto no artigo 1<sup>a</sup> da Constituição.

Assim, a Constituição Brasileira de 1988 entra em vigor enquanto resultado não apenas como produto cultural, político, social, jurídico brasileiro, mas também respirando e absorvendo diretamente essas influências externas.

Também por tais motivos foi reconhecida como Constituição Cidadã, pois, à diferença de suas antecessoras (sobretudo aquelas outorgadas em período ditatorial), coloca em seus primeiros artigos a importância da vida digna, elevando os direitos e garantias fundamentais (artigo 5<sup>a</sup>) aptos a viabilizá-la em nossa sociedade (BONAVIDES, 2006, p. 500-517; BOBBIO, 2004, p.35; LAFER, 2004, p.10; ALEXY, 2009, p. 65 e ss), levando ao reconhecimento, inclusive, de novas gerações ou dimensões de direitos fundamentais (ALEXY, 2009, p. 50 e ss; HESSE, 2009, p. 26 e ss).

Por outro lado, no início da década de 1990, com grandes mudanças sociais e econômicas na realidade brasileira, sem ainda superar plenamente os reflexos das crises anteriores, e já sofrendo efeitos de nova crise estrutural, o governo brasileiro adotou medidas heterodoxas que resultaram no “congelamento das contas-poupança” de milhares de brasileiros, levando o País ao caos social (GREMAUD; VASCONCELLOS; JUNIOR, 2015, p. 415 e ss). Novamente, os esforços paralelos ao capitalismo tradicional

voltados a atender setores menos favorecidos da sociedade encontram campo amplíssimo de desenvolvimento, especialmente em um contexto onde as mazelas do mercado de capital encontravam-se intensificadas pela globalização mundial.

É nesse contexto que se fortalece a importância e a oportunidade de políticas ligadas à promoção da economia solidária, cujas linhas preliminares serão apresentadas a seguir.

### 3. A CONSTRUÇÃO TEÓRICA (E EMPÍRICA) DA ECONOMIA SOLIDÁRIA

A economia solidária caracteriza-se pela formação de um sistema ou modo de produção diferente do tradicionalmente adotado no capitalismo individualista (competitivo), mas pautado na participação solidária entre trabalhadores em um empreendimento comum, em regime associativo de cooperação. Embora a expressão “economia solidária” seja de origem tupiniquim, sobretudo difundida por autores do porte de Paul Singer, um de seus maiores pesquisadores e entusiastas, pode-se observar, em análise histórica, que o fenômeno já apresenta antecedentes que remontam à Europa oitocentista, já que busca um sistema produtivo, de consumo, que priorize a valorização do ser humano, distribuindo-lhes a riqueza de forma equilibrada. Embora, em muitos casos, o exemplo imediato se concentre na figura da cooperativa, pode-se observar as características atribuídas à economia solidária também em muitas outras situações, até mesmo vinculadas à associações ou grupos informais.

A economia solidária origina-se na Primeira Revolução Industrial, embora a economia solidária identifique-se com esforços econômicos pautados na solidariedade, sendo, portanto, incorreta sua definição histórica precisa. Não obstante, o exemplo da cooperativa de consumo de Rochdale, de 1844 (GALLO; DAKUZAKU; EID; VALÊNCIO; SHIMBO; MASCIO, s/d, p.48), tem sido bastante difundido como marco histórico dessas experiências (SINGER, 1998, p. 10 e ss).

Ainda, a cooperativa, empreendimento inevitavelmente ligado à economia solidária, na lição de Daniel Rech, pode ser compreendida como

(...) associação de pessoas que se uniram voluntariamente para realizar um objetivo comum, através da formação de uma organização administrada e controlada democraticamente, realizando contribuições equitativas para o capital necessário e aceitando assumir de forma igualitária os riscos e benefícios do empreendimento no qual os sócios participam ativamente (...)(RECH, 1995, p.25 e ss).

Porém, independente de suas fundações históricas (LECHAT, 2002, p. 04-17), a economia solidária só aparece terminologicamente identificada (LAVILLE; GAIGER, 2009, p. 162-168) na década de noventa do século XX na realidade brasileira.

Considerando ainda a economia enquanto estudo pelo qual a sociedade administra seus recursos escassos (NANKIW, 2001, p.04; Equipe de Professores da USP, 2011, p. 04 e ss), a economia solidária é fenômeno de difícil definição, pela variedade terminológica com que os estudiosos têm buscado compreendê-la. No entanto, traço marcante que pode ser facilmente identificado nos estudiosos favoráveis à promoção da economia solidária é que essa pode ser compreendida como o conjunto de esforços não raramente antagônicos à “economia tradicional” que busca aplicar, notadamente, as

gerações ou dimensões de direitos fundamentais à economia (e, particularmente, aqueles relativos à solidariedade).

A economia solidária pode ser caracterizada também enquanto específico sistema de organização produtiva (paralelamente ao sistema econômico capitalista tradicional), pautado na autogestão ou autonomia de suas unidades produtivas, assim como pela igualdade de seus associados. Geralmente, a economia solidária se desenvolve com maior intensidade em ambientes econômicos marcados por crises estruturais onde o desemprego gerado pela quebra de empresas ou mesmo pela exclusão de trabalhadores no mercado de trabalho cria a necessidade de união ou colaboração entre trabalhadores. Perceba-se que o caráter financeiro ou lucrativo existe da mesma forma na economia solidária, mas, nesse caso, priorizando também o equilíbrio perante outros valores, como a dignidade do ser humano, o que leva à cooperação igualitária entre assalariados (MORAIS et al; 2011, p.67-88).

Para Paul Singer, a economia solidária desenvolve-se enquanto caminho paralelo à economia capitalista tradicional (individualista e competitiva), na luta contra o desemprego e desigualdades sociais, geralmente geradas em ambientes de crise econômica ou social estruturais (SINGER, 1997, p. 138 e ss). É a oportunidade de o trabalhador aproveitar-se de uma nova forma de organização produtiva pautada em uma lógica oposta ao grande capital, reintegrando-se à produção econômica do país.

Euclides Mance considera que a colaboração pautada no trabalho e no consumo solidários partilhados entre pessoas com vínculo recíproco liga-se a uma moral de corresponsabilidade solidária entre indivíduos, o que viabiliza caminho para o "(...) exercício concreto da liberdade pessoal e pública" (MANCE, 1999, p.178 e ss). Seria, para Mance, a economia solidária a via para a construção de uma sociedade pós-capitalista, pautada na colaboração e na vida digna de todas as pessoas. A contribuição de Mance, portanto, resplandece mais audaciosa que a de Singer.

Segundo a ponderação de Gaiger, o

O aparecimento, em escala crescente, de empreendimentos populares baseados na livre associação, no trabalho cooperativo e na autogestão, é hoje fato indiscutível em nossa paisagem social, ademais de ser um fenômeno observado em muitos países, há pelo menos uma década (Laville, 1994). Essas iniciativas econômicas representam uma opção ponderável para os segmentos sociais de baixa renda, fortemente atingidos pelo quadro de desocupação estrutural e pelo empobrecimento. Estudos a respeito, em diferentes contextos nacionais, indicam que tais iniciativas, de tímida reação à perda do trabalho e a condições extremas de subalternidade, estão convertendo-se em um eficiente mecanismo gerador de trabalho e renda, por vezes alcançando níveis de desempenho que as habilitam a permanecerem no mercado, com razoáveis perspectivas de sobrevivência (Nyssens, 1996; Gaiger et al., 1999) (GAIGER, s/d, p.18 e ss).

Nas lições de José Ricardo Tauile e Eduardo Scotti Debaco, a economia popular solidária é "o conjunto de empreendimentos produtivos de iniciativa coletiva, com certo grau de democracia interna e que remuneram o trabalho de forma privilegiada em relação ao capital, seja no campo ou na cidade" (TAUILE; DEBACO, s/d, p. 60-61).

Singer considera ainda que a economia solidária apresenta características que o diferenciam da economia capitalista, no qual o trabalhador é separado dos meios de produção. Já a economia solidária, ao contrário, unifica o trabalho e a posse dos meios de produção, cuja separação seria a base do capitalismo. A empresa solidária seria formada basicamente por trabalhadores que, secundariamente, seriam seus proprietários. A finalidade da empresa solidária não é o lucro por si mesmo, mas maximizar a quantidade e qualidade do trabalho (SINGER, 1997, p.138 e ss), promovendo o desenvolvimento local (WAUTIER, 2003, p.110) nos aspectos econômico e social, através da cooperação entre pessoas e instituições (JESUS, 2003, p. 72-75).

Naturalmente, deve-se reconhecer também que, na contribuição desses estudiosos já mencionados, há visível vínculo às premissas socialistas na consideração teórica ou mesmo política desse modo de produção (SINGER, 1998, p. 12 e ss; GAIGER, s/d , p.18 e ss). Essa vinculação teórica ou política não impede que, no entanto, a economia solidária se consolide como mecanismo que trabalha com eficiência em áreas em que o capitalismo individualista dá sinais de cansaço. Pautado na solidariedade social, ocupa o espaço deixado pelo capitalismo tradicional, portanto. Contudo, paradoxalmente, na prática, acaba viabilizando a participação desses trabalhadores associados mediante o trabalho colaborativo dentro da própria economia de mercado.

Assim, a economia solidária, no cooperativismo, no igualitarismo e na autonomia de gestão, busca a organização de modos de produção alternativos que proporcionem caminhos para combater ou superar os efeitos de crises econômicas e sociais, assumindo como base a solidariedade, a democracia e a reciprocidade entre os agentes envolvidos.

Nesse sentido, a solidariedade, elemento essencial para a configuração da “Terceira Geração ou Dimensão dos Direitos Fundamentais”, pode ser compreendida como uma resposta à eventual crise econômica e desemprego estrutural que atingiu a realidade brasileira, sobretudo a partir da década de setenta do século XX, mas com maior impulso a partir da década de noventa do mesmo século.

Trata-se de uma das possíveis estratégias para contornar a crise econômica e social estrutural que a realidade brasileira viveu nas últimas décadas do século XX. Assim, assume a economia solidária uma feição instrumental ou anticíclica, isto é, no sentido de combate ou antagonismo a situações de grande depressão econômico-sociais.

Quando a sociedade passa a sentir os cruéis efeitos do capitalismo extremado ou desenfreado, marcado pela miséria e pelo desemprego estrutural, a economia solidária oferece caminhos de superação.

Nesse sentido, Paul Singer considera que a economia solidária “(...) aproveita a mudança nas relações de produção provocada pelo grande capital para lançar os alicerces de novas formas de organização da produção, à base de uma lógica oposta àquela que rege o mercado capitalista (...) (SINGER, 1992, p. 04).

Assim, a economia solidária aparece e se desenvolve onde o mercado tradicional dá sinais de fracasso ou decadência. Contrapõem-se à competitividade individualista ínsita à economia capitalista, assumindo a cooperação igualitária como pressuposto para organização da economia solidária (SINGER, 1992, p.08-09).

No Brasil, a economia solidária tem crescido de maneira progressiva, na busca por um sistema produtivo autossustentável, alcançando sucesso onde a economia de mercado não consegue atender ao espaço desejado, especialmente considerando trabalhadores envolvidos (MORAIS et al, 2011, p.67-68).

A organização de empreendimentos de economia popular solidária começa a se desenvolver, por exemplo, no mercado informal, nos esforços associativos solidários, na organização de bancos sociais, sempre buscando alternativas viáveis para a reorganização social e de trabalho em locais marcados pelo desemprego e pela exclusão social.

A realidade brasileira, portanto, revelou-se importante campo experimental para empreendimentos de economia solidária, que se mostram mais atuantes a partir da década de noventa do século XX, de maneira mais articulada, com estratégias nacionais de disseminação do movimento, assim como através dos trabalhos realizados no âmbito do Fórum Social Mundial. Esses esforços foram favorecidos também pela criação, em 2003, da Secretária Nacional de Economia Solidária, que teve como titular Paul Singer, no Governo Lula.

Ainda, na III Plenária Nacional de Economia Solidária, criou-se o Fórum Brasileiro de Economia Solidária (FBES), que se organiza sob três campos de atuação da economia solidária, isto é, empreendimentos econômicos solidários (EESs), que são os principais alvos da FBES, entidades de assessoria e fomento, tais como ONGs e entidades universitárias (que as desenvolvem sobretudo através de Incubadoras Tecnológicas de Cooperativas Populares – ITCPs - ou de Empreendimentos Solidários, a exemplo da Universidade de São Paulo e daquelas desenvolvidas em universidades federais, como a Universidade Federal do Paraná – ITCP - e a Universidade Federal Fluminense - IEES), assim como gestores públicos<sup>2</sup>.

Diante desse contexto socioeconômico brasileiro, emerge a importância da economia solidária enquanto contraponto aos efeitos negativos da globalização econômica:

A Economia Solidária constitui o fundamento de uma globalização humanizadora, de um desenvolvimento sustentável, socialmente justo e voltado para a satisfação racional das necessidades de cada um e de todos os cidadãos da Terra seguindo um caminho intergeracional de desenvolvimento sustentável na qualidade de sua vida (Plenária Nacional da Economia Solidária, 2003, p. 01-05).

Os empreendimentos solidários podem se manifestar através de cooperativas, associações populares ou grupos informais, voltados à produção, aos serviços, ao consumo, à comercialização e ao crédito solidário, seja nos espaços urbano e rural, assim como através de empresas recuperadas por trabalhadores, agricultores familiares, fundos solidários, clubes de trocas solidárias, entre muitos outros empreendimentos.

A Carta de Princípios da Economia Solidária, elaborada na III Plenária Nacional de Economia Solidária, nesse sentido, tem sido considerada referência principiológica e valorativa para atuação desses esforços (Plenária Nacional da Economia Solidária, 2003, p. 01-05).

---

<sup>2</sup> Sobre o fórum e as atividades realizadas no Fórum Brasileiro de economia solidária, recomenda-se consulta ao web-site: <http://fbes.org.br/> (último acesso em 03.07.2018).

Nesses termos, o documento apresenta importantes norteamentos à economia solidária, revelando os pontos de convergência das experiências brasileiras nesse campo:

- a valorização social do trabalho humano, - a satisfação plena das necessidades de todos como eixo da criatividade tecnológica e da atividade econômica;
- o reconhecimento do lugar fundamental da mulher e do feminino numa economia fundada na solidariedade; - a busca de uma relação de intercâmbio respeitosa com a natureza, e; - os valores da cooperação e da solidariedade<sup>3</sup>.

Por fim, além de trazer importantes diretrizes, princípios e definições relativas à busca pela implementação da economia solidária no Brasil, essa relevante experiência documentada através da Carta de Princípios de Economia Solidária passou a defender a necessidade da construção de um sistema de finanças públicas para a economia solidária, assim como a criação de uma efetiva Política Econômica Solidária em um Estado Democrático (Plenária Nacional da Economia Solidária, 2003, p. 03-05).

Reforce-se, porém, que se extrai da própria Constituição da República o fundamento normativo para os esforços de economia solidária, já que diversos dispositivos constitucionais contribuem para a atuação e o fortalecimento da economia solidária, pautadas na cooperação associativa e no cooperativismo.

No artigo 1<sup>a</sup>, o fundamento da República Brasileira centra-se na dignidade da pessoa humana e nos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa. No mesmo passo, entre os objetivos da Constituição, previstos no artigo 3<sup>a</sup>, encontram-se a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, erradicando a pobreza e a marginalização, assim como a redução de desigualdades sociais e regionais. O próprio artigo 5<sup>a</sup> da Constituição Federal, seja no caput ou em seus incisos, traz em seu bojo diversos direitos e garantias que a fundamenta, conforme se observa nos incisos XIII (liberdade de trabalho), XV, XVII, XVIII e XIX (liberdade de associação), garantindo ainda proteção especial à pequena propriedade rural trabalhada pela família. Além disso, os direitos sociais previstos no artigo 6<sup>a</sup> também incluem o direito ao trabalho, tema que se consolida nos artigos 7<sup>a</sup> e seguintes.

Mesmo os princípios da Ordem Econômica, trazidos pelo artigo 170, mostram que esta se funda na valorização do trabalho e livre iniciativa, mas permeada pela garantia da existência digna pautada na justiça social. Em outras palavras, a atividade econômica deve permear-se pelos ditames da justiça social, o que também alcança a defesa do meio ambiente sustentável, da redução das desigualdades, da busca pelo pleno emprego, bem como pela proteção das pequenas e microempresas. Ainda, o artigo 174

---

<sup>3</sup> Pode-se destacar, dentre princípios gerais observáveis na Carta: “(...) - O valor central da economia solidária é o trabalho, o saber e a criatividade humanos e não o capital-dinheiro e sua propriedade sob quaisquer de suas formas. - A Economia Solidária representa práticas fundadas em relações de colaboração solidária, inspiradas por valores culturais que colocam o ser humano como sujeito e finalidade da atividade econômica, em vez da acumulação privada de riqueza em geral e de capital em particular. - A Economia Solidária busca a unidade entre produção e reprodução, evitando a contradição fundamental do sistema capitalista, que desenvolve a produtividade mas exclui crescentes setores de trabalhadores do acesso aos seus benefícios. - A Economia Solidária busca outra qualidade de vida e de consumo, e isto requer a solidariedade entre os cidadãos do centro e os da periferia do sistema mundial. - Para a Economia Solidária, a eficiência não pode limitar-se aos benefícios materiais de um empreendimento, mas se define também como eficiência social, em função da qualidade de vida e da felicidade de seus membros e, ao mesmo tempo, de todo o ecossistema. - A Economia Solidária é um poderoso instrumento de combate à exclusão social, pois apresenta alternativa viável para a geração de trabalho e renda e para a satisfação direta das necessidades de todos, provando que é possível organizar a produção e a reprodução da sociedade de modo a eliminar as desigualdades materiais e difundir os valores da solidariedade humana” (Plenária Nacional da Economia Solidária, 2003, p. 01-02).

dispõe que o Estado, atuando como agente normativo e regulador da economia, buscará o desenvolvimento nacional equilibrado, apoiando e estimulando por lei o cooperativismo e outras formas de associativismo (par.2<sup>a</sup>).

Além disso, o parágrafo 3<sup>a</sup> do artigo 174 oferece também o apoio à organização da atividade garimpeira em cooperativas, como uma forma de proteção do meio ambiente e da “(...) promoção econômico-social dos garimpeiros”. No mesmo artigo, o parágrafo 4<sup>a</sup> determina a prioridade na autorização e concessão de pesquisa e lavra dos recursos e jazidas de minerais garimpáveis, em áreas onde atuem.

Mostra-se, portanto, que há uma cultura já desenvolvida de cooperativismo instalada corretamente na Constituição Federal, que se estende também à política agrária, conforme se observa na função social da propriedade rural (artigo 186), assim como o planejamento e a execução da política agrícola nacional, que levarão em conta como fundamento o cooperativismo.

Ademais, a Ordem Social, estabelecida nos artigos 193 e seguintes, prioriza a promoção da integração ao mercado de trabalho. Além disso, o meio ambiente também se incute nesse contexto, garantindo-se, nos termos do art.225, o meio ambiente ecologicamente equilibrado e de uso comum do povo, consagrando o desenvolvimento sustentável para as próximas gerações.

Portanto, é claro que o ambiente constitucional trazido pela Constituição de 1988 (e de suas alterações posteriores) favorece o desenvolvimento de iniciativas voltadas à promoção da economia solidária.

Dentre as diversas medidas de economia solidária que aparecem nesse contexto instala-se a concessão do microcrédito, seja para empresas, seja para pessoas naturais.

#### 4. POLÍTICAS PÚBLICAS DE MICROCRÉDITO: PASSADO E PRESENTE

A origem histórica do microcrédito refere-se ao ano de 1846, na Alemanha, quando foi criada a Associação do Pão, por Raiffeinsen, que passaria a ceder trigo a camponeses com dívidas para que eles pudessem aumentar sua renda, através da fabricação e comercialização do pão. Posteriormente, já na transição do século XX para o século XXI, Muhammad Yunus, autor do Best-seller “Banker to te Poor” (1999) (YUNUS, 2003, p.13 e ss), juntamente com o Grameen Bank, receberam o Prêmio Nobel da Paz pela experiência pioneira do microcrédito, que não existia na década de 1970, dirigido a populações carentes<sup>4</sup>.

No Brasil, em 1973, o Programa UNO, inicia experiências de microcrédito (LOPES, 2011, p. 10 e ss), seguido pelos Centros de Apoio ao Pequeno Empreendedor (CEAPE), atuando em diferentes Estados-membros, muitas vezes em colaboração com o poder público municipal ou com associações, sindicatos, etc. A partir disso, Yunus considera que a dificuldade terminológica do microcrédito também provém da necessidade de estabelecer diferentes tipos de microcréditos. Essa necessidade de delimitação

---

<sup>4</sup> Para informações sobre o relevante trabalho de Yunus e do Grameen Bank, na difusão mundial do microcrédito a populações carentes, recomenda-se leitura dos textos inclusos no web-site do Grameen Bank: <http://www.grameen-info.org/book/> (último acesso em 02.07.2018).

terminológica para melhor abranger os vastos campos de atuação do microcrédito também é esforço visível na literatura brasileira especializada.

Porém, de fato, a expansão do microcrédito no Brasil se incrementa a partir da metade da década de noventa do século XX, com melhor regulamentação, com melhor equilíbrio econômico no país e com a criação de Instituições Comunitárias de Crédito (ICCs), também voltadas ao fornecimento de microcrédito a populações carentes. A região sul do Brasil também registrou, nesse aspecto, experiências pioneiras, em Santa Catarina e Rio Grande do Sul, no qual se elevou o Portosol, que alcançou boa repercussão e replicação em outras regiões do país.

Dessa forma, já sendo também observados exemplos históricos importantes, a exemplo do Programa de Crédito Produtivo Popular (PCPP), lançado pelo BNDES, em 1996, e que vislumbrou a difusão da noção de microcrédito para microempreendedores formais e informais, inicia-se, ainda nos finais da década de noventa do século XX, melhor esforço para regulamentar o sistema de microcrédito no Brasil.

Nesse sentido, o governo federal passa a apoiar diretamente a expansão do microcrédito e o fortalecimento de instituições reguladoras, como o Banco Nacional do Brasil ou o BNES, que começam a intervir nesse seguimento, inclusive com competência reguladora.

Logo, entidades dessa natureza passam a estimular o desenvolvimento do microcrédito voltado para o microempreendedor, apoiando também organizações operadoras de crédito, concentrando esforços no treinamento pessoal e no oferecimento de know-how para atuação nesse campo, dentre outras medidas.

Desde o marco legal da legislação do microcrédito, que se inicia em 1999, com a Lei nº. 9.790, essas entidades, que passam a atuar como OSCIPs, mas também através do trabalho desenvolvido pelas Sociedades de Crédito ao Microempreendedor (SCM), por sua vez disciplinadas pela Lei nº. 10.194, de 2001, buscaram alcançar potenciais investidores de atividades produtivas desenvolvidas por empreendedores oriundos de classes menos favorecidas.

Além disso, em 2001, foi criada a Associação Brasileira de Crédito (ABCRED), que buscou organizar o “Sistema Nacional de Financiamento da Economia Popular”, no ano de 2002. A partir do século XXI, reconhece-se, com maior intensidade, o surgimento de políticas públicas voltada à expansão do microcrédito oferecido à população de baixa renda, inclusive com a organização do cooperativismo de crédito entre as entidades operadoras de crédito.

Da mesma forma, passa-se a distinguir expressamente diferentes modalidades de microcrédito no Brasil, a exemplo do microcrédito de “uso livre”, assim como o microcrédito produtivo orientado.

Tais circunstâncias impulsionaram também a criação da Medida Provisória nº. 226, de 2004, que instituiu o PNMPO (Programa Nacional de Microcrédito Produtivo Orientado), e que gerou a Lei nº. 11.110 de 2005.

Logo os esforços embrionários dedicados à construção do sistema de microcrédito brasileiro passam a vislumbrar também uma gradual evolução legislativa, onde o Conselho Monetário Nacional (CMV) e o Conselho Deliberativo do Fundo de Amparo ao

Trabalhador – Codefat assumem papel de destaque na fiscalização e orientação dessas iniciativas (art.3ª, Lei nº.11.110/2005).

Nesse aspecto, mencionam-se os seguintes esforços legais (e infralegais) que caminham para o melhor disciplinamento do microcrédito no sistema jurídico brasileiro:

- Lei nº. 9.790, de 23 de março de 1999, que incluiu o microcrédito enquanto finalidade das Organizações da Sociedade Civil e de Interesse Público (OSCIPs);
- Lei nº. 10.194, de 14 de fevereiro de 2001, que instituiu as Sociedades de Crédito ao Microempreendedor;
- Lei nº. Lei 10.735, de 11 de setembro de 2003, que estabeleceu o direcionamento de parcela dos depósitos à vista captados por instituições financeiras para operações de crédito destinadas a microempreendedores e pessoas físicas de baixa renda ou detentores de aplicações financeiras de pequeno valor, abrindo possibilidade para que o crédito tenha finalidade de consumo ou de financiamento de atividades produtivas;
- Lei nº. 11.110, de 25 de abril de 2005, que instituiu o Programa Nacional de Microcrédito Produtivo Orientado (PNMPO), buscando estabelecer a estrutura técnico-legal para simplificar e ampliar o acesso ao crédito produtivo e orientado a microempreendedores;
- Resolução CMN nº. 3.422, de 1 de dezembro de 2006, que regulamenta a Lei nº. 10.735/2003, fixando, no mínimo, 2% de percentual para depósitos à vista a serem aplicados em operações de microcrédito. No caso de não haver aplicação, esses recursos deveriam ser recolhidos ao Banco Central do Brasil sem remuneração, o que seria válido para depósitos captados por bancos comerciais, bancos múltiplos com carteira comercial e caixa econômica federal;
- Resolução CMN, nº. 4000, de 25 de agosto de 2011, que substituiu a Resolução CMN, 3422 de 2006, determinando que, do total de 2% de depósitos à vista direcionados ao microcrédito, um percentual mínimo seja destinado ao microcrédito produtivo orientado;
- Circular Banco Central nº. 3.566, de 8 de dezembro de 2011, que definiu critérios para aferição do cumprimento de exigibilidade de aplicação dos depósitos à vista em operações de microcrédito, fixando procedimentos para remessas de informações relativas a essas operações;
- Resolução CMN nº. 4152, de 30 de outubro de 2012, que disciplina operações de microcréditos definindo metodologia específica;
- Resolução CMN, n. 4.153, de 30 de dezembro de 2012, que alterou a Resolução nº. 4.000 de 2011, dispendo sobre a realização de operações de microcrédito destinadas à população de baixa renda e aos microempreendedores;
- Carta-Circular Banco Central nº. 3.606 de 5 de julho de 2013, que criou rubricas contábeis alterando títulos e subtítulos do Plano Contábil das Instituições do

Sistema Financeiro Nacional (COSIF) para registro dos valores relativos à aplicação em operações de microcrédito<sup>5</sup>.

Portanto, já com disciplinamento legal e infralegal gradualmente melhor estruturado, e enquanto instrumento da economia solidária, o microcrédito tem sido compreendido enquanto modelo padrão para concessão de empréstimos, e é considerado uma espécie da modalidade de “Microfinanças” (MFs).

Contudo, como aponta Maria Cristina Maia da Silva, existem peculiaridades relacionadas ao microcrédito, sob três perspectivas: funcional, conceitual e legal. Há, nesse contexto, como aponta a autora, ausência de definições precisas na legislação brasileira sobre a noção de Microfinanças (MF) e Microcrédito (MC). O microcrédito, entretanto, segundo a autora, em atenção à legislação, pode ser compreendido como a “(...) concessão de financiamento a pessoas físicas e microempresas, com vistas à “viabilização de empreendimentos de natureza profissional, comercial ou industrial, de pequeno porte” (SILVA, 2014, p.119 e ss).

A omissão legislativa não impede, no entanto, que a literatura especializada passe a propor definições para esse importante segmento das microfinanças.

Em relevante estudo elaborado por Silvana Parente, a noção de microcrédito pode ser compreendida como “(...) um segmento do sistema financeiro voltado para a prestação de serviços financeiros adequados e sustentáveis para a camada da população de baixa renda (...)” (PARENTE, 2003, p. 02).

Para Fernandes, o microcrédito, em síntese,

(...) caracteriza-se como uma modalidade de financiamento que busca permitir o acesso dos pequenos empreendedores ao crédito. Utiliza-se de metodologia própria voltada ao perfil e às necessidades dos empreendedores, estimulando as atividades produtivas e as relações sociais das populações mais carentes, gerando, assim, ocupação, emprego e renda (FERNANDES, 2008, p. 39).

Nesse sentido, o alvo maior do microcrédito, segundo Parente, seria duplo, já que busca

(...) promover o segmento microempresarial ao tempo em que combate à pobreza. Independentemente do formato jurídico ou se a iniciativa é privada, governamental ou do terceiro setor, a abordagem das microfinanças busca desenvolver mecanismos de mercado, com introdução de tecnologias sociais e financeiras inovadoras, para atingir a demanda financeira dos pobres<sup>6</sup>.

<sup>5</sup> Panorama legislativo e infralegal obtido no web-site do VI Fórum do Banco Central sobre Inclusão Financeira: [https://inclusaofinanceira.bcb.gov.br/parcerianacional/Paginas/4-2\\_Microcredito-e-Microfinancas.aspx](https://inclusaofinanceira.bcb.gov.br/parcerianacional/Paginas/4-2_Microcredito-e-Microfinancas.aspx). (último acesso em 05.07.2018).

<sup>6</sup> No início do século XXI, Silvana Parente traz um panorama das microfinanças no Brasil, cuja leitura se recomenda: “No Brasil, a abordagem das microfinanças ainda é pouco conhecida e muito ligada ainda ao conceito restrito de microcrédito produtivo, o qual atende apenas a uma das diferentes necessidades financeiras da população de baixa renda. Por isso é interpretada segundo a tipologia de atores envolvidos e suas diferentes missões institucionais, podendo-se agrupar em quatro grandes correntes: • a da comercialização das microfinanças: através da entrada do setor privado, bancos e sociedades de crédito privadas ou da especialização/transformação de entidades do terceiro setor em direção ao mercado financeiro. O Banco Central ao instituir as SCMs - Sociedades de Crédito ao Microempreendedor e o BNDES com seu Programa de Crédito Produtivo Popular e Programa de Desenvolvimento Institucional apontam para esse caminho. • a da ampliação das organizações

Na lição de Mario Monzoni, citado por Maria Cristina Maia da Silva (2014, p.121 e ss), existem três serviços de crédito, com respectivas peculiaridades: a) microcrédito, voltado à população de baixa renda; b) microcrédito produtivo, de pequeno valor, voltado para atividades produtivas; c) microcrédito produtivo orientado, voltado à atividades produtivas com base no relacionamento personalizado entre a instituição de microcrédito, através de agentes de créditos, isto é, há um relacionamento direto entre empreendedores mediados pelos agentes de crédito.

A partir do reconhecimento da importância de políticas públicas voltadas à disponibilização do microcrédito para pessoas físicas ou jurídicas de baixa renda, Maria Cristina Maia da Silva (2014, p. 121 e ss), sintetiza alguns aspectos dessas modalidades:

- a) Crédito produtivo: O microcrédito é um crédito especializado para determinado segmento da economia: o pequeno empreendedor informal e a microempresa. Portanto, está voltado para apoiar negócios de pequeno porte, gerenciados por pessoas de baixa renda, e não se destina a financiar consumo; b) Crédito orientado: O caráter informal de grande parte dos pequenos negócios, o valor reduzidos das operações de microcrédito, a ausência de garantias reais nas operações e a formação sociocultural dos pequenos empreendedores requerem procedimentos específicos na concessão de microcrédito.

Além disso, o art. 1º, §3º, da Lei nº. 11.110 de 2005, define a noção legal de microcrédito produtivo orientado:

Para os efeitos desta Lei, considera-se microcrédito produtivo orientado o crédito concedido para o atendimento das necessidades financeiras de pessoas físicas e jurídicas empreendedoras de atividades produtivas de pequeno porte, utilizando metodologia baseada no relacionamento direto com os empreendedores no local onde é executada a atividade econômica, devendo ser considerado, ainda, que: I - o atendimento ao tomador final dos recursos deve ser feito por pessoas treinadas para efetuar o levantamento socioeconômico e prestar orientação educativa sobre o planejamento do negócio, para definição das necessidades de crédito e de gestão voltadas para o desenvolvimento do empreendimento; II - o contato com o tomador final dos recursos deve ser mantido durante o período do contrato, para acompanhamento e orientação, visando ao seu melhor aproveitamento e aplicação, bem como ao crescimento e sustentabilidade da atividade econômica; e III - o valor e as

---

microfinanceiras do terceiro setor: através da profissionalização/transformação de organizações não governamentais em sociedades civis de interesse público (OSCIP), especializadas em microcrédito, com sustentabilidade, como forma de ampliar e expandir geograficamente a oferta. A lei do terceiro setor ao incorporar a finalidade do microcrédito em seu objeto e a liberalização da lei da usura para essas entidades apontam para esse caminho. Da mesma forma, o SEBRAE ao instituir Programa de Apoio Técnico e Financeiro para constituição e ampliação de organizações de microcrédito, embora aberto também para SCMs, também privilegia esse caminho das OSCIPs. • a da ampliação do papel dos bancos públicos com a incorporação de programas microfinanceiros: através do uso de sua rede de agências com a abertura de programas especiais que incorporem as tecnologias microfinanceiras para atingir a população de baixa renda. A entrada do Banco do Nordeste e da Caixa Econômica Federal e as facilidades aprovadas pelo Banco Central para a abertura de postos de atendimento apontam para esse caminho. Da mesma forma, tem-se verificado uma maior flexibilização de regras e mecanismos do PROGER-FAT para microempreendedores da área urbana e do PRONAF para agricultores familiares. • a do crescimento/transformação do sistema cooperativista de crédito em direção aos mais pobres: através da organização do capital social para mobilização de poupança local e da alavancagem de recursos públicos e privados, com a incorporação de tecnologias microfinanceiras. O modelo cooperativista de crédito, se bem gerenciado, poderia se constituir em verdadeiras organizações microfinanceiras locais à serviço do desenvolvimento local e com foco nos pobres. As discussões entre as lideranças do segmento cooperativista de crédito e a recente inclusão pelo Banco Central da categoria de microempreendedores para a formação de cooperativa de microcrédito apontam para esse caminho” (PARENTE, 2003, p. 02-03).

condições do crédito devem ser definidos após a avaliação da atividade e da capacidade de endividamento do tomador final dos recursos, em estreita interlocação com este e em consonância com o previsto nesta Lei.

A proposta do microcrédito centra-se no oferecimento, por instituições financeiras, de créditos com pequenos valores a um setor da sociedade, naturalmente, com menor potencial aquisitivo, isto é, voltado a beneficiar o setor mais vulnerável socioeconomicamente da população.

Nesse sentido é a reflexão de Fernandes:

(...) Em suma, o microcrédito pode ser visto como um elemento capaz de ajudar na efetivação da existência digna do ser humano, no exercício de sua liberdade de iniciativa, bem como no repartimento comunal do acesso à Economia, tomando a forma de fonte para que as pessoas obtenham um rendimento mínimo para sobreviver, o que culminará na inclusão social (FERNANDES, 2008, p. 41).

Portanto, não se pode também deixar de reconhecer o microcrédito enquanto instrumento de inclusão social e desenvolvimento socioeconômico de segmentos mais desfavorecidos da sociedade, pois é através do microcrédito que se vislumbra a melhor expansão de políticas de economia solidária.

Por outro lado, o reconhecimento da necessidade do microcrédito enquanto instrumento viável para promoção ou o financiamento de empreendimentos em economia solidária não afasta a necessidade de estudos que verifiquem eventuais obstáculos, desafios ou dificuldades na realidade socioeconômica brasileira.

Há, nesse sentido, análises que apontam obstáculos ou pelo menos dificuldades na implementação do sistema de microcréditos enquanto instrumento de economia solidária. No mesmo passo, alguns estudos chegam até mesmo a questionar a efetividade prática da política pública de microcrédito nesse segmento (NICHTER; GOLDMARK; FIORI, 2002, p. 09 e ss).

Nesse sentido, é salutar a reflexão de Simeon Nichter, Lara Goldmark e Anita Fiori (2002, p. 09), a propósito de estudo elaborado no âmbito do Programa de Desenvolvimento Institucional do BNDES, elaborado em 2002:

Apesar do ambiente aparentemente propício e do curioso fato de que o Brasil foi o berço do primeiro programa moderno de microcrédito, em 1973, as microfinanças no Brasil têm experimentado um fraco ritmo de crescimento, com baixas taxas de penetração (apenas 2% dos 8,2 milhões de microempreendedores elegíveis). Poucas instituições de microfinanças atingiram escala significativa, com exceção do programa Crediamigo do Banco do Nordeste. Mesmo este programa, no entanto, recentemente começou a reavaliar as estatísticas da sua clientela a fim de determinar as causas das baixas taxas de renovação. Esse cenário é intrigante, na medida em que se verifica o Brasil com uma enorme indústria de crédito ao consumidor em rápido crescimento que, com sucesso, tem focado na clientela de baixa renda. Empresas provedoras de crédito ao consumo e lojas varejistas, ao expandirem sua base de clientes, começaram a reformular as exigências em relação a comprovação de renda que, em geral, excluía os microempreendedores informais de suas carteiras de crédito. Alguns fatores têm sido citados, tradicionalmente, como

explicação para o relativo baixo desenvolvimento da indústria de microfinanças no Brasil, incluindo: a instabilidade macroeconômica anterior ao controle da hiperinflação, em 1994; a forte tradição de linhas de crédito subsidiadas do Governo; o ainda incipiente quadro regulamentar, apesar dos avanços recentes; um mercado de crédito ao consumidor altamente sofisticado e a falta de um nítido “efeito demonstração” em microfinanças.

Nota-se, portanto, posição pessimista dos autores, na análise de vários programas de incentivo ao microcrédito, bem como na elaboração de métodos de apuração sobre a efetividade desses mesmos programas, especialmente na consideração da relação entre microcrédito e economia solidária enquanto instrumento de redução de pobreza de setores desfavorecidos socioeconomicamente, impressão que parece acompanhar também outros estudos mais recentes (CARVALHO; ARAÚJO; SALAZAR; FERREIRA, 2009, p. 07 e ss).

Assim, destoando da teoria que revela a economia solidária enquanto instrumento de emancipação socioeconômica pautada num modelo alternativo ao capitalismo individualista e competitivo tradicional, a consideração prática na aplicação de políticas públicas direcionadas ao aperfeiçoamento e adequação do sistema de microcrédito na realidade brasileira, revela suas limitações.

Nesse mesmo caminho, Maria Cristina Maia da Silva (2014, p.127-128), analisando estudos especializados sobre a problemática, mostra-se reticente sobre os avanços alcançados pela política de microcréditos, já que existiriam alguns pontos a serem considerados: a) ausência de compatibilidade de recursos entre modelos alternativos e tradicionais de créditos, o que limitaria a atuação das IMFs para concessão de microfinanças; b) dificuldade de manutenção da sustentabilidade das instituições dessa natureza, especialmente porque a maior parte do microcrédito concedido volta-se para o consumo, apoiando-se em público alvo de alto risco; c) dificuldades metodológicas identificadas em trabalhos que buscam vislumbrar a efetividade prática dos empreendimentos de economia solidária e do êxito dos sistemas de microcrédito na realização de seus objetivos socioeconômicos; d) ausência de marco legal sobre o tema, dificultando a criação de políticas públicas nacionais que fortaleçam os esforços de estruturação de políticas de microcrédito voltadas a empreendimentos de economia solidária. Embora existam esforços legislativos estaduais destinados à regulação dessas atividades, ainda falta normatização federal apta a estruturar o regime jurídico nacional desses empreendimentos.

Sobre essa última dificuldade, acrescenta a autora:

O debate sobre a sustentabilidade versus alcance/foco inclui outro ator nessa dinâmica, a ausência de marco legal no País que contemple a Economia Solidária (ES), esta ausência dificulta novas parcerias e financiamentos para a capitalização dos BCs. Isso demonstra uma fragilidade do modelo no que diz respeito à captação e disponibilizações dos serviços financeiros com reflexos diretos na composição e disponibilização da moeda social diminuindo o alcance desfocando objetivos. E lança o debate sobre a sustentabilidade do modelo. A importância social e econômica, da ES passa a ter um interesse sociopolítico relevante, devendo ser objeto de tutela e regulamentação de políticas públicas (SILVA, 2014, p.127-128).

Espera-se, sem ignorar as dificuldades que as Políticas Públicas de adaptação e de expansão da concessão de microcréditos direcionados à economia solidária enfrentam, que futuras medidas de Políticas Públicas (sobretudo legislativas), encontrem caminho hábil para atender as demandas socioeconômicas brasileiras, especialmente em contexto de crise política e econômica nacional, de modo a suplantar gradualmente esses obstáculos.

## 5. CONCLUSÕES

A economia solidária pode ser considerada efetiva alternativa à disposição de trabalhadores e setores menos favorecidos da sociedade na sobrevivência contra os malefícios da sociedade capitalista, agora globalizada.

Naturalmente, inspirada em experiências cooperadas, a economia solidária pauta-se no humanismo, na valorização do trabalhador e na unificação deste com os meios de produção. O trabalhador passa a ser parte e proprietário do empreendimento cooperado, caracterizado pela autogestão, pela igualdade entre trabalhadores e pela solidariedade.

De certa forma, pode-se dizer que a economia solidária, a despeito de ausência de um marco regulatório infraconstitucional delimitado nesse campo, conta com a atuação de diversas entidades e organismos que tem promovido o desenvolvimento e a expansão dessas atividades nos últimos anos.

A política pública de microcrédito, enquanto parcela das chamadas “microfinanças”, desenvolve-se na realidade brasileira, no final da década de noventa do século XX, inspirando-se em bem-sucedidas experiências estrangeiras.

O microcrédito, baseado na simplicidade e na redução dos juros para empréstimos para setores desfavorecidos da sociedade, em suas diferentes espécies, torna-se instrumento útil e disponível a empreendimentos de economia solidária, e caminha orientando-se pelo mesmo direito fundamental de terceira geração ou dimensão que alicerça aquele último, isto é, a solidariedade.

Além disso, a economia solidária e a busca pela expansão e generalização de políticas públicas de microcrédito (sobretudo o produtivo) devem ser reconhecidas como caminhos imprescindíveis para o desenvolvimento que não se limite apenas aos aspectos econômico-financeiros, mas que seja instrumento para o desenvolvimento socioambiental.

Isso não quer dizer que o fenômeno da economia solidária e do microcrédito estejam imunes a críticas e não encontrem possibilidades de evolução.

Embora seja possível extrair elementos de valorização da economia solidária e do microcrédito na própria Constituição Federal, deve-se reconhecer que, especialmente no campo da economia solidária, há necessidade urgente de construção de um sistema jurídico próprio capaz de atender às peculiaridades dessa realidade que escapa à lógica capitalista tradicional.

A necessidade de um regime jurídico legal (e infralegal), como defendido por diversos autores e entidades dedicadas à promoção da economia solidária, é *conditio sine*

*qua non* para a sobrevivência e expansão desses empreendimentos na realidade brasileira contemporânea.

Da mesma forma, para que o microcrédito possa ser utilizado de forma a viabilizar empreendimentos de economia solidária, urge que o disciplinamento legal - e infralegal - caminhe de forma progressiva, sobretudo voltado ao microcrédito produtivo (seja ele “livre” ou orientado”), atendendo às diferentes peculiaridades do empreendimento em economia solidária, que, como visto, escapam à lógica tradicional da economia de mercado.

### Referências

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad: Virgílio Afonso da Silva. 2ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico. Lições de filosofia do direito**. Coleção Elementos de direito, São Paulo: Ícone, 1995.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 19ª Edição, São Paulo: Editora Malheiros, 2006.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 21ª Edição. São Paulo: Malheiros, 2007.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. **KELSEN, o positivismo e o ensino do Direito nos anos 70**. In: Curso de Direito Tributário e Finanças Públicas. Do fato à norma, da realidade ao conceito jurídico. SANTI, Eurico Diniz de (Coord.). São Paulo: Saraiva-FGV, 2008.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 5ª Ed. Portugal: Almedina, 2002.

**Carta de Princípios da Economia Solidária**. In: Plenária Nacional da Economia Solidária. Fórum Brasileiro de Economia Solidária (FBES). 2003.

CARVALHO, D. M.; ARAÚJO, E. A.; SALAZAR, G. T.; FERREIRA, R. N. **Ênfase dos programas de microcrédito em sustentabilidade e viabilidade financeira: distanciamento do objetivo social de combate à pobreza?**. In: Anais do Congresso da Sociedade Brasileira de Economia, Administração e Sociologia Rural - SOBER 2009. Porto Alegre: SOBER, 2009.

COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. IX Edição. São Paulo: Saraiva, 2015.

CONTADOR, Cláudio R. **A Importância da Teoria Geral do Emprego, do Juro e da Moeda.** Apresentação da Edição Brasileira. In: KEYNES, John Maynard. **A Teoria Geral do Emprego, do Juro e da Moeda.** Tradução de Mário R. da Cruz. São Paulo: Editora Atlas S.A., 1992.

Equipe de Professores da USP. **Manual de Economia.** Organ: PINHO, Diva Benevides; VASCONCELLOS, Marco Antonio S. de; JR, Rudinei Toneto. 6ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

FERNANDES, Fernanda Vasconcelos. **A economia solidária e o desenvolvimento socioeconômico por meio do microcrédito.** In: Prima Facie International Journal. Vol.7. UFPB, 2008.

FILHO, Manoel Gonçalves Ferreira. **Direitos Humanos Fundamentais.** 11 Ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

GAIGER, Luis Inácio. **Economia Solidária diante do Modo de Produção Capitalista.** In: Economia Solidária. Volume I. Universidade Federal Fluminense. Incubadora de Empreendimentos em Economia Solidária (IEES), Rio de Janeiro, s/d. Texto disponível em: <<http://www.uff.br/incubadoraecosol/docs/ecosolv1.pdf>>. Acesso em 03.07.2018.

GALLO, Ana Rita; DAKUZAKU, Regina Yoneko; EID, Farid; VALÊNCIO, Norma Felicidade L. da Silva; SHIMBO, Ioshiaqui; MASCIO, Carlos César. **INCUBADORA DE COOPERATIVAS POPULARES: UMA ALTERNATIVA À PRECARIZAÇÃO DO TRABALHO.** In: Economia Solidária. Volume I. Universidade Federal Fluminense. Incubadora de Empreendimentos em Economia Solidária (IEES), Rio de Janeiro, s/d. Texto disponível em: <<http://www.uff.br/incubadoraecosol/docs/ecosolv1.pdf>>. Acesso em 03.07.2018.

GREMAUD, Amaury Patrick; VASCONCELLOS, Marco Antonio Sandoval de; JUNIOR, Rudinei Toneto. **Economia Brasileira Contemporânea.** 7ª Ed. São Paulo: Atlas, 2015.

HESSE, Konrad. **O significado dos Direitos Fundamentais.** In: HESSE, Konrad. **Temas Fundamentais do Direito Constitucional.** Textos selecionados e traduzidos por Carlos de Santos Almeida, Gilmar Ferreira Mendes e Inocêncio Mártires Coelho. São Paulo: Saraiva, 2009.

JESUS, Pablo. **Desenvolvimento Local.** In Antonio David Cattani (org.), A outra economia. São Paulo: Veraz Editores, 2003.

KANT, Immanuel. **À Paz Perpétua.** Série Filosofia Política. São Paulo: L & PM editores, 1989.

KEYNES, John Maynard. **El camino hacia La prosperidad.** In: La Política Fiscal em Accion. In: DEL BRIO, Francisco Dominguez. Madrid: Instituto de Estudios Fiscales, 1971.

KEYNES, John Maynard. **A Teoria Geral do Emprego, do Juro e da Moeda**. Tradução de Mário R. da Cruz. São Paulo: Editora Atlas S.A., 1992.

LAFER, Celso. **Apresentação**. In: BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

LAVILLE, Jean-Louis; GAIGER, Luiz Inácio. **Economia Solidária**. In: CATTANI, A.D. et al. (coord.) **Dicionário Internacional da Outra Economia**. Coimbra: Almedina, 2009.

LECHAT, Noëlle Marie Paule. **As raízes históricas da economia solidária e seu aparecimento no Brasil**. Palestra proferida na UNICAMP por ocasião do II Seminário de incubadoras tecnológicas de cooperativas populares dia 20/03/2002. In: **Economia Solidária**. Volume I. Universidade Federal Fluminense. Incubadora de Empreendimentos em Economia Solidária (IEES), Rio de Janeiro, s/d. Texto disponível em: <<http://www.uff.br/incubadoraecosol/docs/ecosolv1.pdf>>. Acesso em 03.07.2018.

LOCKE, John. **Segundo Tratado sobre o Governo**. Os Pensadores. Trad. Anoar Aiex e E.Jacy Ribeiro. São Paulo: Abril Cultural, 1978.

LOPES, Bruno Mota. **Análise da evolução do microcrédito na Bahia (1973-2005)**. Ed. Banco do Nordeste do Brasil(BNB), Fortaleza/CE, 2011.

MANCIE, Euclides André. **A revolução das redes: a colaboração solidária como uma alternativa pós-capitalista à globalização atual**. Petrópolis: Vozes, 1999.

MILL, Stuart. **Princípios de Economia Política. Com Algumas de suas Aplicações à Filosofia Social**. Volume II. Trad. Luiz João Baraúna. Os Economistas. São Paulo: Nova Cultural, 1996.

MONTESQUIEU, **Do Espírito das Leis**. Trad. Jean Meville. São Paulo: Martin Claret.

MORAIS, Edson Elias de et al. **Propriedades coletivas, cooperativismo e economia solidária no Brasil**. *Serv. Soc*, São Paulo, n. 105, 2011.

NANKIW, N. Gregory. **Introdução à Economia. Princípios de Micro e Macroeconomia**. Harvard University. São Paulo: Campus, 2001.

NICHTER, Simeon; GOLDMARK, Lara; FIORI, Anita. **Entendendo as microfinanças no contexto brasileiro**. Rio de Janeiro: PDI/BNDES, 2002.

PARENTE, Silvana. **O mercado financeiro e a população de baixa renda**. Brasília, CEPAL, Convênio CEPAL/DFID, mar/LC/BRS/R.136. In: II Seminário do Banco Central do Brasil sobre Microfinanças, Fortaleza, nov/2003.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e Direito Constitucional Internacional**. 7ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

RECH, Daniel. **Cooperativas: uma alternativa de organização popular**. Rio de Janeiro: Editora FASE, 1995.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do Contrato Social**. Trad. Pietro Nassetti. 3ª Edição. São Paulo: Martin Claret.

SINGER, Paul. **Uma utopia militante: repensando o socialismo**. Petrópolis, RJ: Vozes, 1998

SINGER, Paul. **Introdução à Economia Solidária**. 1ª Ed. São Paulo: Editora Fundação Perseu Abramo, 1996.

SINGER, Paul. **Economia Solidária: geração de renda e alternativa ao neoliberalismo**. In: Proposta– Revista Trimestral de Debates. São Paulo: FASE, 1997.

SILVA, Maria Cristina Maia da. **Economia solidária e o microcrédito no Brasil: Avanços ou insuficiências?** In: Revista de Administração de Roraima-RARR, Boa Vista, Ed. Vol. 4, n. 1, jan.-jun. 2014.

SMITH, Adam. **A Riqueza das Nações. Investigação Sobre sua Natureza e suas Causas**. Vol.II. Trad. Luiz João Baraúna. Os Economistas. São Paulo: Nova Cultural, 1996.

TAUILE , José Ricardo; DEBACO, Eduardo Scotti. **Autogestão no Brasil: a viabilidade econômica de empresas geridas por trabalhadores**. In: Economia Solidária. Volume I. Universidade Federal Fluminense. Incubadora de Empreendimentos em Economia Solidária (IEES), Rio de Janeiro, s/d. Texto disponível em: <<http://www.uff.br/incubadoraecosol/docs/ecosolv1.pdf>>. Acesso em 03.07.2018.

TORRES, Ricardo Lobo. **Curso de Direito Financeiro e Tributário**. 19 Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2013.

TORRES, Ricardo Lobo. **A Ideia de Liberdade no Estado Patrimonial e no Estado Fiscal**. Rio de Janeiro: Renovar, 1991.

WAUTIER, Anne Marie. **Economia Social na França**. In: CATTANI, Antonio David (org) *A outra economia*. Porto Alegre: Veraz Editores, 2003.

YUNUS, Muhhamad. **Banker to the Poor: Micro-Lending and the Battle Against World Poverty**. New York: Public Affairs, 2003.

---

## DOCTRINA ESTRANGEIRA

---





# ANÁLISIS CRÍTICO DE LA REGULACIÓN DE SIMULACIÓN EN EL DERECHO TRIBUTARIO CHILENO TRAS LA LEY N° 20.780: CORRECTA DETERMINACIÓN DE LA OBLIGACIÓN TRIBUTARIA Y ASPECTOS SANCIONATORIOS

*María Pilar Navarro Schiappacasse<sup>1</sup>*

## RESUMEN

La Ley N° 20.780/2014 introdujo en Chile la regulación de normas generales antielusivas: el abuso de las formas jurídicas y la simulación. Sin embargo, esta última figura no tiene una naturaleza elusiva, sino evasiva. Su actual consagración legal, a lo que debe sumarse la interpretación administrativa emanada del Servicio de Impuestos Internos, han generado dificultades aplicativas y constitucionales que el presente trabajo revisa desde una perspectiva crítica.

**PALABRAS CLAVE:** Simulación. Principios constitucionales. Ilícitos tributarios.

## RESUMO

A Lei n. 20.780/2014 introduziu no Chile a regulação de normas gerais antielisivas: o abuso das formas jurídicas e simulação. Sem dúvidas, esta última figura não tem natureza elisiva, mas sim evasiva. Sua atual configuração legal, considerando a interpretação administrativa emanada do Serviço de Impostos Internos, tem gerado dificuldades na aplicação e dúvidas em relação a sua constitucionalidade, assuntos que o presente trabalho analisa com uma perspectiva crítica.

**PALAVRAS-CHAVE:** Simulação. Princípios constitucionais. Ilícitos tributários.

## INTRODUCCIÓN

El principio constitucional de reserva legal en materia tributaria es la piedra angular sobre la cual se estructura la potestad tributaria estatal, o como se ha señalado, constituye la «bóveda del edificio de fuentes del derecho [tributario]» (PÉREZ ROYO, 2016, p. 75), según el cual los tributos y las exenciones deben estar expresamente establecidos en una ley. En Chile dicha ley es de iniciativa exclusiva del Presidente de la República y su cámara de origen es la de Diputados<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> Doctora en Derecho por la Universidad de Barcelona. Académica de la Universidad de O'Higgins.

<sup>2</sup> De conformidad con lo dispuesto en el número 1 del inciso 4° del artículo 65 de la Constitución, el Presidente de la República tiene iniciativa exclusiva en materia de ley para «1º.- Imponer, suprimir, reducir o condonar tributos de cualquier clase o naturaleza, establecer exenciones o modificar las existentes, y determinar su forma, proporcionalidad o progresión». A su turno, el número 14 del artículo 63 de la Carta Fundamental dispone que sólo son materias de ley «14) Las demás que la Constitución señale como leyes de iniciativa exclusiva del Presidente de la República». Finalmente, el inciso 2° del citado artículo 65 establece que la Cámara de Diputados es la Cámara de Origen respecto de las leyes sobre tributos.

En este contexto normativo, la consagración de una norma general antielusiva tensiona la vigencia del principio de reserva de ley en materia tributaria, pues pese a que no se ha verificado el hecho gravado el legislador, admite que los efectos impositivos de determinados actos o contratos del contribuyente sean desconocidos, sujetándose a gravamen por los hechos imponibles establecidos en la ley<sup>3</sup>.

Hasta antes de la Ley N° 20.780, de 2014, la legislación tributaria chilena carecía de una norma general antielusiva, con lo cual, la elusión fiscal se atacaba a nivel normativo estableciendo una regulación detallada de los hechos gravados, incluyendo hechos imponibles subrogatorios y tipificando normas especiales antielusivas. Ello, por cuanto durante años en Chile imperó la idea de que la elusión impositiva no era necesariamente ilícita, sino que implicaba un actuar astuto del contribuyente<sup>4</sup>. Luego, a nivel de aplicación de impuestos el Servicio de Impuestos Internos<sup>5</sup>, Administración tributaria chilena, consideró que una erogación podía ser rebajada como gasto necesario para producir la renta y, consecuentemente ser deducido en el proceso de determinación de la base imponible del impuesto de primera categoría, cuando tal desembolso obedecía a una legítima razón de negocios<sup>6</sup>. Este proceder fue posible a falta de una definición legal en el artículo 31 de la Ley sobre Impuesto a la Renta de lo que debía entenderse por «gasto necesario para producir la renta».

El panorama descrito cambia de manera radical con la tipificación de las que se han denominado «medidas generales antielusivas», a través de la Ley N° 20.780, a lo que debe agregarse la definición legal de qué debe entenderse por gasto necesario para producir la renta tras el cambio operado por la Ley N° 21.210. Actualmente, según el citado artículo 31, son gastos necesarios para producir la renta «aquellos que tengan aptitud de generar renta, en el mismo o futuros ejercicios y se encuentren asociados al interés, desarrollo o mantención del giro del negocio». Como se puede apreciar, no se hace ninguna referencia a la legítima razón de negocios, por lo no podría invocarse esta norma para prescindir de los efectos tributarios de planificaciones elusivas que se hayan implementado luego de la entrada en vigor de este cambio.

Ahora bien, es necesario dejar sentado que el legislador chileno considera como supuestos de elusión fiscal dos figuras que tienen una naturaleza jurídica distinta: el

---

<sup>3</sup> Así se señala que respecto de las normas generales antielusión se está ante el reflejo de la colisión entre el principio de capacidad económica y del principio de legalidad (CORTÉS DOMÍNGUEZ, 1985, p. 146). Con todo, debe señalarse que la Constitución chilena no consagra de manera expresa el principio de capacidad económica.

<sup>4</sup> En efecto, el fallo de la Corte Suprema, Rol N° 4.038-2001, de 28 de enero de 2003, dictado en la causa Sociedad Inmobiliaria Bahía S.A. con SII declaró que «el Servicio [de Impuestos Internos] confunde, en este caso, dos conceptos jurídicos que tienen una diferencia notoria: el de evasión tributaria [ilícito— (sic), con el de elusión, que consiste en evitar algo con astucia, lo que no tiene que ser necesariamente antijurídico, especialmente si la propia ley contempla y entrega las herramientas al contribuyente, como aquí ocurre, para pagar impuestos en una medida legítima a la que se optó, y no en aquella que se le liquida». Con todo, tras la entrada en vigor del abuso de las formas jurídicas y la simulación el Servicio de Impuestos Internos ha señalado que «quedó sin sustento positivo alguno la doctrina en virtud de la cual la astucia en el uso de las formas jurídicas podía justificar una vulneración de las normas legales tributarias» Circular SII N° 65, de 23 de julio de 2015, p. 12.

<sup>5</sup> El Servicio de Impuestos Internos (SII) es la Administración tributaria chilena que es competente para «la aplicación y fiscalización de todos los impuestos internos actualmente establecidos o que se establecieren, fiscales o de otro carácter en que tenga interés el Fisco y cuyo control no esté especialmente encomendado por la ley a una autoridad diferente», de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1° del Decreto con Fuerza de Ley N° 7, del Ministerio de Hacienda, de 1980.

<sup>6</sup> Así, por ejemplo, este proceder del Servicio de Impuestos Internos fue avalado en las sentencias de la Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N° 44-2018, de 13 de noviembre de 2018 y de la Corte de Apelaciones de Concepción, Rol N° 1-2018, de 10 de octubre de 2018. Ambas causas se encuentran actualmente en casación ante la Corte Suprema, roles N°s 6.283-2019 y 23.066-2018, respectivamente.

abuso de las formas jurídicas, propiamente elusivo, y la simulación, que responde más bien a un caso de evasión, regulados respectivamente en los artículos 4° ter y 4° quáter del Código Tributario chileno<sup>7</sup>. Por ello, y de manera infundada, en Chile se le han achacado problemas de constitucionalidad a la regulación de la simulación, en circunstancias que técnicamente el hecho gravado se ha verificado, pero hay ciertos aspectos del mismo o vinculados a la obligación tributaria que son disimulados. Como apunta la doctrina, según el grado de respeto al ordenamiento jurídico la planificación tributaria podrá ser calificada como economía de opción (para nada objetable), elusión o evasión (ALONSO GONZÁLEZ, 2016, p. 78).

En este sentido, se debe apuntar que el legislador chileno no sólo tipificó dos normas generales antielusión, sino que además incluyó una consulta especial que debe ser resuelta por la administración tributaria señalando si la planificación daría o no lugar a la aplicación de las normas generales antielusivas<sup>8</sup>; una sanción aplicable a los asesores tributarios que diseñen o planifiquen actos o contratos declarados elusivos<sup>9</sup>; y un procedimiento administrativo y judicial especial para determinar la configuración de la elusión, cuya particularidad radica en que el abuso de las formas jurídicas, la simulación y el ilícito asociado son declarados por un tribunal con competencia tributaria<sup>10</sup>.

El presente trabajo pretende analizar la regulación de la simulación establecida en el artículo 4° quáter del Código Tributario chileno y su sanción, a fin de poner de realce los problemas de índole aplicativo y constitucional que se han apuntado por la doctrina. Para ello en la primera parte se realizará un análisis dogmático de la figura, identificando los problemas apuntados por la doctrina y que el legislador intentó subsanar en el texto original del proyecto de la Ley N° 21.210. En segundo lugar, se examinarán los presupuestos materiales de aplicación de la simulación. Finalmente, se identificarán los problemas que la doctrina ha detectado en lo que se refiere a la sanción de la simulación a través del ilícito del artículo 100 bis del Código Tributario y la problemática vinculada con la persecución penal de dicha figura. Para concluir, se hará referencia a las principales conclusiones a las que se arribó.

## LA CONFIGURACIÓN DOGMÁTICA DE LA SIMULACIÓN Y SU CONSIDERACIÓN LEGAL COMO UN SUPUESTO DE ELUSIÓN

El texto definitivo de la simulación quedó fijado con la dictación de la Ley N° 20.780, sin que sufriera mayores alteraciones con las Leyes N°s 20.899 y 21.210. Con

<sup>7</sup> Con todo, para los efectos de este trabajo cuando se aluda a planificaciones elusivas o elusión, se estará haciendo referencia tanto al abuso de las formas jurídicas cuanto a la simulación, a no ser que se efectúe alguna precisión.

<sup>8</sup> Artículo 26 bis del Código Tributario, modificado recientemente por la reforma tributaria que tuvo lugar mediante la Ley N° 21.210, de 24 de febrero de 2020, incluyendo la posibilidad de consultar acerca de la aplicación o no a un caso concreto de una norma especial antielusiva.

<sup>9</sup> Artículo 100 bis del Código Tributario. Para un análisis de este ilícito véase NAVARRO SCHIAPPA-CASSE, 2019, pp. 236 y ss.

<sup>10</sup> Artículos 4° quinquies y 160 bis del Código Tributario. Esto, a diferencia de lo que acontece en la legislación española —que sirvió de fuente de inspiración para la legislación chilena—, en la cual el conflicto en la aplicación de la norma tributaria (abuso chileno) y la simulación son declarados por la Administración tributaria. Para un análisis del procedimiento chileno para declarar la elusión fiscal, véase UGALDE PRIETO 2020, pp. 13 y ss.

todo, como se verá, el texto original de esta última ley intentó realizar importantes cambios.

De esta forma, la estructura de la simulación chilena aún guarda estrecha relación con la regulación española de esta figura. En efecto, el artículo 4° quáter del Código Tributario chileno prescribe:

«Artículo 4° quáter.- Habrá también elusión en los actos o negocios en los que exista simulación. En estos casos, los impuestos se aplicarán a los hechos efectivamente realizados por las partes, con independencia de los actos o negocios simulados. Se entenderá que existe simulación, para efectos tributarios, cuando los actos y negocios jurídicos de que se trate disimulen la configuración del hecho gravado del impuesto o la naturaleza de los elementos constitutivos de la obligación tributaria, o su verdadero monto o data de nacimiento».

#### Supuestos de procedencia de la simulación

La regulación tributaria de la simulación en el Código considera cuatro hipótesis que tienen en común la disimulación. Al expresar detalladamente el legislador lo que ha de entenderse por simulación, en el concepto tributario y para los efectos de la solicitud de declaración de esta situación ante los tribunales, serán sólo esas causas las que podrán ser reconducidas a la figura de la simulación con el procedimiento especial contemplado: disimulación de la verificación del hecho imponible, de la naturaleza de los elementos constitutivos de la obligación tributaria, su verdadero monto o su data de nacimiento<sup>11</sup>.

El legislador tributario se ha encargado de especificar las causales de simulación, con lo cual pudiera parecer que se aleja de la concepción civil, que considera la disimulación del objeto del contrato, el precio, la fecha, las modalidades o pactos accesorios de un contrato y la interposición de sujetos (VIAL DEL RÍO, 2019, p. 146). Sin embargo, en virtud de la autonomía del Derecho tributario esto no es un problema y, por lo demás, casos como la interposición de personas, se estima pudieran quedar comprendidos en la expresión «naturaleza de los elementos constitutivos de la obligación tributaria», toda vez que dentro de este tipo de obligaciones el aspecto subjetivo es un elemento a ponderar, en el que ha de examinarse al sujeto pasivo, esto es, al deudor.

El Servicio de Impuestos Internos cuando analiza esta figura no alude a la simulación, sino al negocio simulado, para lo cual sigue expresamente a FERRARA, manifestando que el negocio simulado «tiene una apariencia contraria a la realidad o porque no existe en absoluto, o porque es distinto de como aparece»<sup>12</sup>.

Esta definición administrativa de la simulación a partir de la concepción del negocio simulado se considera del todo relevante, pues FERRARA estima que los requisitos de este tipo de negocios son tres: i) una declaración deliberadamente disconforme con la intención; ii) concertada de acuerdo entre las partes; y iii) para

<sup>11</sup> Como apunta YÁÑEZ VILLANUEVA, 2014, p. 246, la legislación chilena no define a la simulación, sino que se la conceptualiza a partir de sus efectos. Estima que este proceder es erróneo, pues lo relevante no es esto, sino el contenido o sustancia del acto jurídico, que es lo que lo diferencia de la economía de opción.

<sup>12</sup> Circular SII N° 65, de 2015, p. 14.

engañar a terceras personas. El autor afirma que la simulación sale del campo de los actos unilaterales, pues requiere un acuerdo entre los contratantes (FERRARA, 1961, pp. 44, 47). Si se atiende al hecho de que la doctrina civilista chilena sigue la idea de que la simulación es una divergencia de voluntades, tal como hace FERRARA (a diferencia de lo que ocurre en España, donde se estima que el problema es de causa del acto jurídico), y que requiere un concierto para estar ante ella —pues de otro modo se trataría de una reserva mental—, se estima válido sostener que la simulación sólo puede tener lugar en los actos jurídicos bilaterales, dentro de los cuales se encuentran los contratos y, por tanto, sería errónea la referencia del legislador a «actos» en el artículo 4° quáter del Código Tributario —en el entendido de que no se refiere a los supuestos en los que existe un acuerdo de voluntades—, a menos que por «actos» se entendieran actos jurídicos bilaterales, y por «negocio» al contrato.

A continuación, conviene señalar que a nivel doctrinario se distingue entre la simulación absoluta y la relativa. En la primera, tras el negocio aparente no hay nada, «[a]partada la apariencias engañosa que lo presentaba como serio, nada queda de él; se ha roto el encanto y la ilusión desaparece [...]. Ninguna modificación jurídica se realiza por virtud del acto simulado; la posición de las partes queda *como antes* y los cambios ocurridos en las relaciones jurídicas resultan ilusorios, carecen de realidad y de contenido real» (FERRARA, 1961, p. 287, cursivas en el original). En la simulación relativa, en cambio, una vez que se descorre el velo de la simulación, aparece el negocio realmente querido por las partes, quedando «el negocio en su verdadera esencia, en su realidad desnuda y escueta» (FERRARA, 1961, p. 81).

Si se examina la regulación de la simulación en el Código Tributario se llega a la conclusión de que se refiere a la relativa. Esto, porque el efecto jurídico que se produce por la verificación de esta figura consiste en que los impuestos serán aplicados «a los hechos efectivamente realizados por las partes, con independencia de los actos o negocios simulados».

En la doctrina chilena, YÁÑEZ VILLANUEVA (2014, p. 246) no vislumbra el sentido de la frase «con independencia de los actos o negocios simulados», pues considera que hay dos opciones: i) es «redundante», por cuanto el principio rector es que «el hecho gravado es el acto disimulado», por lo que tributariamente no es relevante lo que suceda con el acto simulado, al no tener efecto impositivo; o ii) es «imprecisa», pues intenta expresar, sin éxito, que la declaración de simulación sólo produce efectos en el ámbito tributario.

En este punto, se estima que la regla es una reafirmación del hecho de que el legislador expresamente opta por desconocer los efectos de la simulación relativa, pues la expresión da cuenta de que bajo el acto jurídico aparente hay otro verdadero que permanece oculto, que es el que por aplicación de esta norma se somete a gravamen, ya que una vez que sale a la luz, verifica el hecho imponible. De ello se sigue, necesariamente, que el legislador entiende que, tras el acto aparente, hay otro que se oculta<sup>13</sup>. Esta es, por lo demás, la tesis sostenida por el Servicio de Impuestos Internos, para el que es poco probable que un contribuyente incurra en una simulación

<sup>13</sup> En contra, BOETSCH GILLET, 2016, p. 133, ya que teniendo presente las cuatro formas de disimulación contempladas por el artículo 4° quáter del Código Tributario, estima que la simulación tributaria escapa a la clásica distinción entre simulación absoluta y relativa.

contractual de carácter absoluta que utilice para aminorar los efectos tributarios, pues el único acto realizado (simulado) es el que genera los efectos jurídicos y tributarios, incluyendo el pago del impuesto<sup>14</sup>. Con todo, debe señalarse que el texto original del proyecto de la Ley N° 21.210 expresamente proponía incluir en la regulación del artículo 4° quáter del Código Tributario tanto a la simulación absoluta cuanto a la relativa, pero este cambio no fue aprobado en primer trámite constitucional.

Lo central en este caso es que se trata de actos jurídicos ficticios no queridos y que crean una apariencia cuyo propósito es ocultar la realidad (UGALDE PRIETO y GARCÍA ESCOBAR, 2010, p. 126), o bien, que se esconden elementos determinantes para establecer correctamente la obligación tributaria: la naturaleza de los elementos constitutivos de la obligación tributaria, o su verdadero monto o data de nacimiento.

Difícilmente un contribuyente recurrirá a la simulación absoluta para agravar su situación tributaria; más bien, la utilizará para perseguir una clase distinta de beneficios o ventajas impositivas, como la suposición de un gasto, pero si el contribuyente no es capaz de acreditar fehacientemente ante el Servicio de Impuestos Internos una erogación o desembolso, el mismo no cumplirá con las exigencias para ser considerado un «gasto necesario para producir la renta», según dispone el artículo 31 de la Ley sobre Impuesto a la Renta. Lo anterior, no porque se esté ante una norma especial antielusiva, sino debido a que el gasto no cumple con los requisitos legales para ser rebajado en el proceso de determinación de la renta líquida imponible.

La confusión conceptual y la eventual dificultad para delimitar el abuso de las formas jurídicas de la simulación puede acontecer cuando se finja de forma absoluta un acto o contrato para acceder a un beneficio fiscal. Esto, pues una de las hipótesis del «abuso» —que presupone actos válidos y, por tanto, existentes—, es que se utilicen formas jurídicas abusivas para captar una norma de exención en sentido amplio a la que de otra manera no se podría haber tenido acceso<sup>15</sup>. Este punto en la actualidad no tiene solución en la legislación tributaria, debido a que si hay ocultación y tras el acto aparente no existe otro que se oculte, se estaría en presencia de la simulación, sin que hubiese un acto que gravar, sino más bien, se tendría que dejar de aplicar un beneficio tributario. Sin embargo, y teniendo presente que la simulación absoluta no es un supuesto que regule el artículo 4° quáter del Código Tributario, y atendido su carácter evasivo —y no elusivo—, se estima que la fiscalización de este caso debiera realizarse conforme con las reglas generales, sin aplicar el procedimiento de los artículos 4° quinquies y 160 bis del Código Tributario, libre de la limitación impuesta por la jurisprudencia administrativa del órgano fiscalizador, según la cual no es posible perseguir conjuntamente la correcta determinación de la obligación tributaria conforme con el procedimiento especial establecido para la elusión y la responsabilidad penal derivada de los hechos<sup>16</sup>.

---

<sup>14</sup> Circular SII N° 65, de 2015, pp. 14 y s.

<sup>15</sup> En lo que se refiere al supuesto genérico de procedencia el inciso 1° del artículo 4° ter del Código Tributario prescribe que «[s]e entenderá que existe abuso en materia tributaria cuando se evite total o parcialmente la realización del hecho gravado, o se disminuya la base imponible o la obligación tributaria, o se postergue o difiera el nacimiento de dicha obligación».

<sup>16</sup> Se volverá sobre este punto *infra*.

## Simulación como especie del género elusión

Llama la atención el hecho de que el legislador establezca que la simulación es una especie del género elusión fiscal en los artículos 4° bis y 4° quáter del Código Tributario, con lo cual, como se verá, surgen problemas a la hora de analizar la viabilidad penal de los comportamientos elusivos y otros vinculados a la sanción del artículo 100 bis del Código Tributario. Si bien es cierto inicialmente proyecto de la Ley N° 20.780 no consideró a la simulación como un supuesto de elusión fiscal<sup>17</sup>, esta equiparación tuvo lugar tras la suscripción Protocolo de Acuerdo que permitió la aprobación de dicha reforma tributaria<sup>18</sup>.

Ahora bien, esta equiparación, como se ha señalado por la doctrina chilena constituye un error importante del legislador, ya que en los supuestos de simulación el hecho imponible se realiza pero el contribuyente lo que hace es incurrir en una conducta tendiente a ocultar ciertos hechos (YÁÑEZ VILLANUEVA, 2014, p. 245). Esto, debido a que la expresión «disimular» que utiliza el legislador en el artículo 4° quáter del Código Tributario según una de sus acepciones en la RAE, corresponde a «[o]cultar algo para que no se vea o para que parezca distinto de lo que es»<sup>19</sup>.

## PRESUPUESTOS MATERIALES DE PROCEDENCIA

No es suficiente con que se verifiquen los presupuestos aplicativos establecidos en el artículo 4° quáter del Código Tributario para que el Servicio de Impuestos Internos pueda solicitar la declaración de simulación al Tribunal Tributario y Aduanero, con miras a que se determine correctamente la obligación tributaria. Se requiere, además, que concurren las circunstancias que a continuación se detallan.

### Cuantía mínima de la diferencia tributaria para que resulte aplicable la simulación

Debe señalarse que el legislador exige una cuantía mínima de la diferencia tributaria para que la aplicación de la simulación sea procedente. Si bien tal consideración no fluye de lo prescrito en el artículo 4° quáter del Código Tributario, si se examina lo dispuesto por el inciso 2° del artículo 4° quinquies del mismo Código es claro que el legislador establece esta exigencia, pues la norma indica que la declaración de la simulación, y también la del abuso de las formas jurídicas, «sólo podrá ser requerida en la medida que el monto de las diferencias de impuestos determinadas provisoriamente por el Servicio al contribuyente respectivo, exceda la cantidad

<sup>17</sup> El texto original del proyecto de la Ley N° 20.780 presentado al Congreso por el Gobierno prescribía: «Artículo 4 quáter. En los actos o negocios en los que exista simulación, el hecho gravado con los impuestos será el efectivamente realizado por las partes, con independencia de los actos o negocios simulados.

El Servicio desestimaré y no le serán oponible los actos y negocios jurídicos practicados con la finalidad de disimular la configuración del hecho gravado del impuesto o la naturaleza de los elementos constitutivos de la obligación tributaria, o su verdadero monto o data de nacimiento, con arreglo al artículo siguiente».

<sup>18</sup> Concretamente, a través de la indicación N° 367-362, fechada el 9 de agosto de 2014, presentada por el Vicepresidente de la República, que por lo demás incluyó qué debía entenderse para efectos tributarios por simulación. Historia de la Ley N° 20.780, pp. 2126, 2129.

<sup>19</sup> En este mismo sentido, CATTANEO ESCOBAR y BURGOS ARREDONDO, 2017, p. 231.

equivalente a 250 unidades tributarias mensuales a la fecha de la presentación del requerimiento»<sup>20</sup>.

Existe, por tanto, una cuantía mínima bajo la cual no tienen aplicación las normas generales antielusión, cuya explicación se encuentra en la excepcionalidad de la norma (Historia de la Ley N° 20.899, p. 458). A partir de esta regulación se han planteado algunas dudas, pues como la norma alude a una diferencia de impuestos podría no ser aplicable el abuso ni la simulación cuando lo que procede es determinar un ajuste al resultado tributario, pero no una diferencia de impuestos. La segunda duda que surge, se refiere a si los efectos tributarios de planificaciones elusivas que den lugar a una diferencia de impuestos inferior a dicha cuantía pueden ser rectificadas por el Servicio de Impuestos Internos y cuál sería la vía.

En lo que se refiere a la posibilidad de regularizar los efectos tributarios de una planificación simulada que sólo genera un ajuste a nivel de resultado tributario mediante el acto administrativo «resolución», pero no una diferencia de impuestos, el Servicio de Impuestos Internos ha señalado que el límite de las 250 UTM «también se aplicará tratándose de las diferencias de devolución de impuestos existente entre lo que haya determinado el contribuyente y el Servicio»<sup>21</sup>. Sin embargo, la Circular SII N° 42, de 2016, que deja sin efecto en esta parte a la Circular SII N° 65 mencionada, omite toda mención a las resoluciones, pues manifiesta que «el contribuyente respecto del cual el Servicio estima que ha realizado actos o negocios o un conjunto o serie de ellos susceptibles de ser considerados elusivos, conforme a las definiciones legales, debe reflejar en su liquidación o giro de impuestos propuesta por el Servicio, en su requerimiento, una diferencia superior a 250 UTM; no obstante lo que en definitiva falle el Tribunal»<sup>22</sup>.

De esta forma, pareciera que el ente fiscalizador, siguiendo lo dispuesto expresamente en el Código Tributario, estima que no es posible emitir una resolución que refleje la pérdida de efectos tributarios de una planificación fiscal, aspecto que no fue corregido desde un punto de vista legal por la Ley N° 21.210, reforma tributaria del año 2020. Ello es un contrasentido si se tiene presente que lo buscado por el legislador fue que este tipo de planificaciones tributarias fuesen captadas por el abuso o por la simulación<sup>23</sup>. A lo que debe agregarse que el propio legislador da a entender que procede aplicar las normas generales en estos casos, a partir de lo dispuesto en el artículo 4° quinquies inciso final del Código Tributario, disposición que expresamente

---

<sup>20</sup> La Unidad Tributaria Mensual (UTM), según dispone el número 10 del artículo 8° del Código Tributario es «la cantidad de dinero cuyo monto, determinado por ley y permanentemente actualizado, sirve como medida o como punto de referencia tributario». Para el mes de agosto de 2020 el valor asciende a \$50.272 pesos chilenos. Este límite no estaba contemplado en el proyecto de ley original de la Ley N° 20.780. En un primer momento, una indicación presidencial lo incorporó sólo para el abuso pero, finalmente, una segunda indicación lo extendió también a la simulación. Historia de la Ley N° 20.780, pp. 170, 2130. De haberse mantenido la diferenciación se podría haber generado, tal como en España, una «huida» de la figura del abuso hacia la simulación, peligro adelantado por GONZÁLEZ ORRICO, 2014, p. 98.

<sup>21</sup> Circular SII N° 65, de 2015, p. 21. Para ello se funda en que el artículo 4° quinquies del Código Tributario prescribe que determinado el abuso o simulación por parte del tribunal, ordenará al Servicio de Impuestos Internos «emitir la liquidación, giro o resolución que corresponda».

<sup>22</sup> Circular SII N° 42, de 2016, p. 3.

<sup>23</sup> El mismo problema existía a propósito de la facultad establecida en el artículo 6°, letra B, N° 5 del Código Tributario, de revisión administrativa de la actuación fiscalizadora, que sólo aludía a las liquidaciones y giros, pero que a partir del cambio establecido en la Ley N° 21.210 introduce a las resoluciones.

menciona la resolución como uno de los actos administrativos finales que el tribunal puede ordenar al Servicio de Impuestos Internos emitir. Este tipo de actos, como se ha señalado, no se emiten cuando se determina una diferencia de impuestos.

En relación con el otro aspecto problemático, y que hasta la fecha no tiene solución, se refiere a que la doctrina chilena se pregunta si las planificaciones tributarias elusivas —simuladas y abusivas— cuya diferencia de impuesto esperable no sería superior a las 250 UTM serían perseguibles por la vía del ilícito penal del artículo 97 N° 4 del Código Tributario, como última *ratio legis*<sup>24</sup>. A este respecto se ha señalado que resulta a lo menos discutible que conductas que no son impugnables por la vía de la correcta determinación de la obligación tributaria sean constitutivas de delito fiscal. Ello, por aplicación de los principios de intervención mínima y subsidiariedad del Derecho penal<sup>25</sup>.

Sin embargo, en el caso de la simulación la respuesta no puede ser tan tajante, pues antes de la entrada en vigor del artículo 4° quáter del Código Tributario el Servicio de Impuestos Internos podía determinar la correcta tributación de este tipo de planificaciones, sin necesidad de una norma general que lo habilitara y sin recurrir a un procedimiento especial. No hubo mayores cuestionamientos a tal proceder por parte de la doctrina (VERGARA QUEZADA, 2016, p. 368). Y, adicionalmente, perseguía la responsabilidad penal derivada de estos hechos. Esto último, debido a que el Código expresamente contempla ilícitos tributarios a cuya base se encuentra la simulación<sup>26</sup>.

En consecuencia, alguien podría sostener que en los casos de simulación, cuando la misma no verifica los presupuestos aplicativos del artículo 4° quáter del Código Tributario, por no reunir la cuantía de la diferencia de impuestos exigida o debido a que se está en presencia de la simulación absoluta, el Servicio de Impuestos Internos no está obligado a seguir el procedimiento especial de carácter administrativo y judicial de los artículos 4° quinquies y 160 bis del Código, sino que puede proceder a fiscalizar conforme con las reglas generales.

Ausencia de un criterio que señale que la planificación del contribuyente es admitida

En la legislación chilena existe una consulta vinculante que puede efectuar tanto el contribuyente y como el obligado al pago de impuestos respecto de un caso concreto en el que tengan interés personal y directo, para tener certeza acerca de si la planificación tributaria que pretende efectuar verificaría o no los presupuestos de la

<sup>24</sup> GÁRATE, 2015, pp. 206 y s.

<sup>25</sup> En este sentido también VERGARA QUEZADA, 2016, pp. 373 y s., quien vincula esta opción del legislador a los principios de proporcionalidad, racionalidad y eficiencia.

<sup>26</sup> Esto ocurre respecto del ilícito del artículo 97 número 4 inciso 3° del Código Tributario que prescribe: «[e] que, simulando una operación tributaria o mediante cualquiera otra maniobra fraudulenta, obtuviere devoluciones de impuesto que no le correspondan, será sancionado con la pena de presidio menor en su grado máximo a presidio mayor en su grado medio y con multa del cien por ciento al cuatrocientos por ciento de lo defraudado». Del mismo modo, en el número 24 de la citada norma dispone que «[l]os contribuyentes de los impuestos establecidos en la Ley sobre Impuesto a la Renta, que dolosamente reciban contraprestaciones de las instituciones a las cuales efectúen donaciones, en los términos establecidos en los incisos primero y segundo del artículo 11 de la ley N° 19.885, sea en beneficio propio o en beneficio personal de sus socios, directores o empleados, o del cónyuge o de los parientes consanguíneos hasta el segundo grado, de cualquiera de los nombrados, o simulen una donación, en ambos casos, de aquellas que otorguen algún tipo de beneficio tributario que implique en definitiva un menor pago de algunos de los impuestos referidos, serán sancionados con la pena de presidio menor en sus grados mínimo a medio».

simulación (y también del abuso de las formas jurídicas). La respuesta emana del Servicio de Impuestos Internos y es obligatoria para esta administración tributaria en tanto no exista una variación sustantiva de los antecedentes de hecho o de derecho en que se fundó la consulta. Por tanto, cuando exista un criterio del Director del Servicio de Impuestos Internos que determine que esa concreta planificación respecto de ese específico consultante (contribuyente u obligado al pago de tributos) no es elusiva, esa respuesta obliga al ente fiscalizador<sup>27</sup>.

#### Ausencia de una norma especial antielusión

Expresamente, el inciso 4º del artículo 4º bis del Código Tributario prescribe que «[e]n los casos en que sea aplicable una norma especial para evitar la elusión, las consecuencias jurídicas se regirán por dicha disposición y no por los artículos 4º ter y 4º quáter»<sup>28</sup>.

Si se tiene presente que sólo en el año 2014 se incorporó una norma general antielusión en el ordenamiento jurídico chileno, es fácil imaginar que existe una gran cantidad de normas especiales que luchan contra la elusión<sup>29</sup>, lo que puede llevar a que, en la práctica, el ente fiscalizador evite aplicar las disposiciones generales porque, en estos casos, como prescribe el artículo 4 bis del Código Tributario «las consecuencias jurídicas se regirán por dicha disposición», esto es, la especial.

Respecto a esta norma en la doctrina chilena existen dos posiciones: quienes consideran que el texto de la norma debe interpretarse en el sentido de que si es procedente la aplicación de una norma especial, no procede la aplicación de la general antielusiva<sup>30</sup>; y aquellos que estiman que cuando una planificación tributaria verifica los presupuestos de una norma especial antielusión, el procedimiento que debe aplicarse es el propio de la norma general —por tanto, requeriría la tramitación de un procedimiento administrativo y de uno judicial especial—, pero las consecuencias jurídicas se regirán por lo dispuesto en la norma especial<sup>31</sup>.

Ahora bien, cabe señalar que el Servicio de Impuestos Internos parece entender que cuando no es aplicable una norma especial antielusión, puede iniciarse el procedimiento de los artículos 4º quinquies y 160 bis del Código Tributario, pues ha señalado que «en conformidad a lo dispuesto en el artículo 4 bis del Código Tributario, la figura propuesta [contrato de renta vitalicia en el cual la renta se paga con las utilidades de la sociedad traspasada a sus hijos] en principio podría ser revisada en conforme la norma especial para evitar la elusión contenida en el artículo 63 citado, cuestión que no descarta, en todo caso, la posibilidad de aplicar la norma general

<sup>27</sup> Tras la modificación de la Ley N° 21.210 se contempla la posibilidad de consultar también respecto de la aplicación de normas especiales antielusión y se establece que si el Servicio de Impuestos Internos no contesta en plazo, siguiéndose un procedimiento establecido, se entenderá que no procede la aplicación de la simulación (ni del abuso de las formas jurídicas).

<sup>28</sup> El texto de esta norma se introdujo por la indicación del Vicepresidente de la República, mediante la indicación de 9 de agosto de 2014, posteriormente presentada al Congreso, N° 367-362, tras la firma del Protocolo de Acuerdo. Para MATUS ACUNA, 2014, pp. 265 y s., de esta norma se sigue que en los casos de delito tributario no sea necesario seguir el procedimiento de los artículos 4º quinquies y 160 bis del Código Tributario.

<sup>29</sup> La Circular SII N° 65, de 2015, p. 8, establece ejemplos en los cuales se está ante normas especiales antielusión, que harían improcedente la aplicación de las medidas generales contempladas en el Código Tributario.

<sup>30</sup> En esta línea pareciera ir lo manifestado por FAÚNDEZ UGALDE, 2016, pp. 113 y s.

<sup>31</sup> En este sentido, SAFFIE GATICA, 2020, p. 101.

antielusión contenida en los artículos 4 bis y siguientes del Código Tributario, si en una eventual fiscalización, se determine que, habiendo elusión, existen elementos que modifican la figura analizada, no pudiendo subsumirse ésta en ninguna de las hipótesis específicas que contempla el artículo 63 de la Ley sobre Impuesto a las Herencias, Asignaciones y Donaciones»<sup>32</sup>.

Como última precisión en este punto se estima necesario señalar que la elusión fiscal no se reduce a los supuestos de abuso y simulación —a diferencia de la redacción original del artículo 1° número 2, letra d) del Boletín N° 12.043-05, que modificaba el artículo 4° bis del Código Tributario prescribiendo que «[s]e entenderá que existe elusión de los hechos gravados exclusivamente en los casos de abuso o simulación»—, sino que es más amplia, y puede estar captada por otras normas especiales antielusión; lo que ocurre es que a falta de un hecho gravado principal o subrogatorio que capte la conducta —y, por tanto, en ausencia de una solución por la vía interpretativa de la elusión fiscal—, operarán las normas antielusión, sean específicas o generales. De esta forma, el fenómeno elusivo excede a la norma general<sup>33</sup>, cuya característica diferenciadora de las otras vías de lucha contra la elusión radica en que tiene un presupuesto de hecho más amplio que le permite hacer tributar planificaciones fiscales que de otro modo no lo habrían hecho, o hubiesen tenido un gravamen reducido.

## LA SIMULACIÓN Y SU SANCIÓN PREVIO A LA ENTRADA EN VIGOR DEL ARTÍCULO 4° QUÁTER DEL CÓDIGO TRIBUTARIO

### El cobro de impuesto en supuestos de evasión

Con anterioridad a la entrada en vigencia del artículo 4° quáter del Código Tributario el Servicio de Impuestos Internos podía perseguir la correcta tributación de las operaciones simuladas. Para graficar esto, nada mejor que hacer referencia a dos casos resueltos por la justicia a partir de la aplicación de un mismo esquema contractual.

Usualmente las sociedades instrumentales se constituyen e interponen a la persona natural con anterioridad al nacimiento de la obligación tributaria. En este caso, el contribuyente la constituyó con posterioridad, cuando sus honorarios de abogado ya se habían devengado.

Ocurre que el contribuyente actuó como abogado patrocinante junto a otro colega en un litigio de elevada cuantía que terminó por transacción judicial. Los servicios de abogado se prestaron como persona natural y producto del término del juicio obtuvo millonarios honorarios<sup>34</sup>. Antes de la percepción de éstos, el contribuyente constituyó una sociedad que, en definitiva, fue la que facturó los servicios a su cliente.

El litigio tributario tuvo lugar debido a que el Servicio de Impuestos Internos notificó una liquidación al contribuyente por subdeclarar el Impuesto Global Complementario<sup>35</sup>, al no considerar los honorarios percibidos producto del litigio.

La sentencia de primera instancia<sup>36</sup> manifestó que era claro que los servicios jurídicos fueron prestados por el contribuyente en calidad de persona natural y no como persona jurídica,

<sup>32</sup> Oficio SII N° 1305, de 8 de mayo de 2019.

<sup>33</sup> En contra, WALKER M., 2017, pp. 144 y s., para quien, fuera de las hipótesis ilícitas de abuso o simulación, no hay elusión.

<sup>34</sup> Ascendentes a \$2.700.000.000 pesos chilenos. Aproximadamente unos \$3.414.177 dólares norteamericanos.

<sup>35</sup> Impuesto terminal que en Chile grava las rentas de fuente mundial que obtenga una persona natural domiciliada o residente en el país.

<sup>36</sup> Sentencia del Primer Tribunal Tributario y Aduanero de la Región Metropolitana de Santiago, RIT GR-15-00126-2014, de 23 de diciembre de 2015, considerandos 14° y 15°.

teniendo presente que el juicio que dio lugar al pago por concepto de honorarios terminó por transacción celebrada el 23 de octubre de 2008, y la sociedad que facturó los servicios se constituyó el 11 de noviembre de 2008, inició actividades el 21 de noviembre y emitió factura por estos servicios el 29 de diciembre de 2008, incluyendo el giro de prestación de servicios jurídicos el 20 de enero de 2009. Esto último, considera el juez, si bien es un aspecto de índole administrativo, es relevante para el análisis del cúmulo de pruebas rendidas que han de ser analizadas conforme con la sana crítica. Por estos motivos, confirmó el acto administrativo impugnado y si bien la sentencia de primera instancia fue apelada, la Corte de Apelaciones ratificó la decisión íntegramente<sup>37</sup>.

La misma figura contractual se empleó por otro contribuyente en un caso conocido por la Dirección Regional Arica del Servicio de Impuestos Internos, liquidando las diferencias de impuesto, y que tras la presentación del reclamo en primera instancia fue en definitiva confirmada por la Corte Suprema en el año 2020. Los hechos ocurrieron en el año comercial 2008<sup>38</sup>.

Junto con el cobro civil de impuestos, respecto del primer caso comentado, el Servicio de Impuestos Internos inició la vía penal con miras a que se declarase configurado el ilícito del artículo 97 número 4 del Código Tributario<sup>39</sup>.

El cambio con la inclusión de la simulación en el artículo 4° quáter del Código y su consideración como norma general antielusiva, ha llevado a señalar que «muchos casos que antes se calificaban como evasión, ahora tan sólo [lo son] como elusión» (ALCAÍNO GUTIÉRREZ, 2019, p. 13).

Sin intención de analizar en extenso tanto las incidencias tributarias desde un punto de vista civil como las penales de la simulación, aspecto que en España está mucho más desarrollado<sup>40</sup>, sí se quiere resaltar un hecho del todo relevante: antes de la entrada en vigor del artículo 4° quáter del Código Tributario, que regula los aspectos civiles de la simulación, el Servicio de Impuestos Internos podía perseguir la correcta tributación de las operaciones en la vía civil ante los Tribunales Tributarios y Aduaneros, e iniciar la persecución de una eventual responsabilidad penal por los mismos hechos. Luego, parece como si el Servicio de Impuestos Internos hubiese renunciado a perseguir de manera conjunta la simulación del artículo 4° quáter del Código Tributario y el ilícito penal del artículo 97 número 4 inciso 3° del mismo Código. Ello, en atención a lo instruido por la jurisprudencia administrativa del Servicio de Impuestos Internos, que sin fundamento legal, primero en la Circular SII N° 65, de 2015, y luego en la Circular SII N° 41, de 11 de julio de 2016, ha señalado que si de los antecedentes del caso se estimase que es susceptible iniciar un procedimiento de recopilación de antecedentes de acuerdo a lo establecido en la Circular SII N° 8, de 2010, se paraliza el procedimiento administrativo de

---

<sup>37</sup> Sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N° 39-2016 TRI, de 30 de junio de 2016. El contribuyente dedujo recurso de casación para ante la Corte Suprema, pero fue declarado inadmisibile en el fallo de la causa Rol N° 58.899-2016, de 7 de septiembre de 2016.

<sup>38</sup> Véase las sentencias de la Corte de Apelaciones de Arica, Rol N° 10-2017, de 8 de septiembre de 2017 y de la Corte Suprema, Rol N° 41.510-2017, de 22 de abril de 2020.

<sup>39</sup> Son dos juicios seguidos contra los dos abogados involucrados. En uno de ellos, el imputado fue absuelto. Al respecto, véanse las sentencias del Tercer Tribunal Oral en lo Penal de Santiago RIT O-140-2016, de 14 de agosto de 2016, la sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N° 2.866-2016, de 6 de octubre de 2016 y la sentencia de la Corte Suprema, Rol N° 76.483-2016, de 10 de noviembre de 2016 (recurso de queja). En este sentido, HADWA ISSA, 2019, p. 32 señala que la ingeniería fiscal es punible cuando el camino escogido se enmarca en la figura de los negocios simulados.

<sup>40</sup> Al respecto, conviene tener presente lo declarado por la SAP de Barcelona de 17 de julio de 2017 (JUR 2017/260448), ponente Sra. Ma. José Magaldi Paternostro, FD 5°, declara que el artículo 16.2 de la LGT expresamente prescribe que los efectos de la simulación lo son a los meros efectos tributarios, y no necesariamente penales, a lo que debe sumarse que el artículo 16.3 dispone que se impondrá la sanción pertinente en su caso, de manera que «el propio legislador tributario establece que la declaración por la Administración Tributaria de que un negocio determinado constituye “simulación”, “ficción”, o “trampa” [...] para intentar pagar menos (a efectos fiscales) solo surtirá efectos tributarios y no generará en todos los casos sanción tributaria, parece lógico que la conducta así determinada y en casos como el de autos no posee la gravedad necesaria para tener relevancia penal».

calificación de actos o negocios como elusivos. En consecuencia, no se iniciará el procedimiento a que se refiere esta última Circular, sino que se deberán remitir los antecedentes al Comité de Análisis de Casos, a efecto que dicho órgano los analice y adopte la decisión de iniciar o no un procedimiento de recopilación de antecedentes. Si decide iniciarla, pese a que la instrucción no lo señala expresamente, *a contrario sensu* se puede interpretar que se termina el procedimiento administrativo de calificación de actos o negocios como elusivos<sup>41</sup>.

La circunstancia previamente descrita sería sólo anecdótica de no ser por el hecho particular de que en Chile quien tiene la iniciativa exclusiva para instar por la vía penal y perseguir los delitos tributarios es el Servicio de Impuestos Internos, en virtud de lo prescrito por el inciso 1° del artículo 162 del Código Tributario que señala: «[l]as investigaciones de hechos constitutivos de delitos tributarios sancionados con pena privativa de libertad sólo podrán ser iniciadas por denuncia o querrela del Servicio. Con todo, la querrela podrá también ser presentada por el Consejo de Defensa del Estado, a requerimiento del Director [del Servicio de Impuestos Internos]».

Se ha cuestionado ante el Tribunal Constitucional la forma en que está establecida esta atribución del Servicio de Impuestos Internos, ya que según dispone el artículo 83 de la Carta Fundamental chilena el Ministerio Público es el órgano que «dirigirá en forma exclusiva la investigación de los hechos constitutivos de delito, los que determinen la participación punible y los que acrediten la inocencia del imputado y, en su caso, ejercerá la acción penal pública en la forma prevista por la ley». Por tanto, se argumenta que a nivel legal se establece una regla que contraviene de manera frontal a la Constitución. Con todo, el requerimiento de inaplicabilidad por constitucional que se presentó por parte del Ministerio Público ante el Tribunal Constitucional chileno en esta materia, fue declarado inadmisibles por dicha magistratura<sup>42</sup>.

De esta forma, a propósito de la simulación existe un criterio administrativo que impide la persecución conjunta de la simulación para determinar correctamente la obligación tributaria por el artículo 4° quáter del Código Tributario y la vía penal, sin que se pueda iniciar esta última si el Servicio de Impuestos Internos no formula una querrela, denuncia o solicita la intervención del Consejo de Defensa del Estado chileno.

### Problemas que surgen desde una perspectiva sancionadora

En la época en que tuvieron lugar los hechos objeto de los dos litigios mencionados previamente, no se encontraba vigente la limitación para la Administración tributaria establecida primero en la Circular SII N° 65, de 2015 y luego en la N° 41, de 2016, pues no se trataba de períodos tributarios cubiertos por el ámbito de la aplicación temporal de las normas generales antielusivas.

Como se señaló, la Ley N° 20.780 consagró la regulación legal de la simulación en materia de correcta determinación de la obligación tributaria. Pero, además, incluyó un ilícito asociado a

<sup>41</sup> Véase el apartado 2.1. del capítulo IV de la Circular SII N° 41, de 2016, p. 8. Esto ha llevado a que se afirme que algunas operaciones que verifiquen los presupuestos del abuso de las formas jurídicas o de la simulación serán una contravención administrativa —refiriéndose a conductas no admitidas por el Derecho tributario, que corrige sus efectos—, y otras estarán en el campo de la sanción penal. ALCAINO GUTIÉRREZ, 2019, p. 46.

<sup>42</sup> La resolución del Tribunal Constitucional señaló que se trataba de una materia ya resuelta por dicha magistratura, siendo su criterio el que el constituyente no le entrega esta facultad de ejercer la acción penal, de manera exclusiva y excluyente al Ministerio Público, «cuestión que, por el contrario, sólo puede alcanzar al despliegue de la actividad investigativa para la acreditación de un ilícito penal» (considerando 10°). Agrega el fallo que si se tiene presente lo dispuesto en el inciso 2° del artículo 83 de la Constitución, la expresión «igualmente» implica que el Ministerio Público «ejerce la acción penal pública, pero ello no implica que esté vedada de accionar la víctima o los otros sujetos que determina la ley» (considerando 13°). Sentencia del Tribunal Constitucional, Rol N° 6.215-19, de 28 de marzo de 2019, que expresamente remite a la sentencia del mismo tribunal, Rol N° 815, de 10 de julio de 2007, considerando 18°.

la declaración de abuso o simulación cuyo sujeto activo es el asesor tributario en el artículo 100 bis del Código<sup>43</sup>, circunstancia que siembra mayores dudas en el ámbito sancionatorio. Esto, por cuanto un sector de la doctrina tributaria chilena ha señalado que con la regulación de la simulación del artículo 4° quáter y la sanción al asesor del artículo 100 bis, ambos del Código Tributario, se ha derogado tácita y parcialmente (MATUS FUENTES, 2017, pp. 80 y s.) o despenalizado<sup>44</sup> el ilícito del artículo 97 N° 4 inciso 3° del Código del ramo. Lo anterior implicaría afirmar, ya no sólo que la sanción del artículo 100 bis no presenta ninguna diferencia con la pena, y que ambas normas son de naturaleza penal —para poder hacer aplicable lo dispuesto en el artículo 18 del Código Penal<sup>45</sup>—, sino que tal naturaleza tendría, además, la norma que regula la simulación contemplada en el artículo 4° quáter de dicho cuerpo legal. Ahora bien, tras la modificación al artículo 100 bis del Código Tributario por la Ley N° 21.210, es claro que la conducta típica la ejecuta el asesor tributario y no el contribuyente. Los problemas indicados intentaron ser solucionados por la vía legal. En efecto, el texto original del proyecto de la Ley N° 21.210 presentado al Congreso Nacional, excluía expresamente la aplicación de la figura de la simulación del artículo 4° quáter del Código Tributario en los supuestos específicamente tipificados como delito. Con la enmienda la disposición habría prescrito lo siguiente: «Habrán también elusión de los hechos gravados contenidos en las leyes tributarias en los actos jurídicos o contratos en los que exista simulación absoluta o relativa, excepto los casos de simulación expresamente tipificados con delito conforme a lo dispuesto en los números 4°, 8°, 9°, 23, 24 y 25 del artículo 97, artículo 64 de la Ley sobre Impuesto de Herencias, Asignaciones y Donaciones y artículo 470 número 8 del Código Penal [...]». Con todo, la regulación propuesta en este punto por el texto original de la reforma tributaria era errada y limitado, en atención a dos consideraciones que se explican a continuación.

---

<sup>43</sup> «Artículo 100 bis.- Con excepción del contribuyente, que se regirá por lo dispuesto en los artículos 4° bis y siguientes, la persona natural o jurídica respecto de quien se acredite haber diseñado o planificado los actos, contratos o negocios constitutivos de abuso o simulación, según lo dispuesto en los artículos 4° ter, 4° quáter, 4° quinquies y 160 bis de este Código, será sancionado con multa de hasta el 100% de todos los impuestos que deberían haberse enterado en arcas fiscales, de no mediar dichas conductas indebidas, y que se determinen al contribuyente. Con todo, dicha multa no podrá superar las 100 unidades tributarias anuales, salvo que exista reiteración respecto del mismo diseño o planificación, en cuyo caso la multa no podrá superar las 250 unidades tributarias anuales, considerando el número de casos, cuantía de todos los impuestos eludidos y las circunstancias modificatorias de responsabilidad descritas en los artículos 110, 111 y 112.

Para estos efectos, en caso que la infracción haya sido cometida por una persona jurídica, la sanción señalada será aplicada a sus directores o representantes legales si hubieren infringido sus deberes de dirección y supervisión.

Para efectos de lo dispuesto en el presente artículo, el Servicio sólo podrá aplicar la multa a que se refieren los incisos precedentes cuando, en el caso de haberse solicitado la declaración de abuso o simulación en los términos que señala el artículo 160 bis, ella se encuentre resuelta por sentencia firme y ejecutoriada. La prescripción de la acción para perseguir esta sanción pecuniaria será de seis años contados desde el vencimiento del plazo para declarar y pagar los impuestos eludidos y se suspenderá desde la fecha en que se solicite la aplicación de sanción pecuniaria a los responsables del diseño o planificación de los actos, contratos o negocios susceptibles de constituir abuso o simulación, según lo establecido en el inciso segundo del artículo 160 bis, hasta la notificación de la sentencia firme y ejecutoriada que la resuelva».

<sup>44</sup> Si bien lo ha manifestado en distintos trabajos, por todos, VERGARA QUEZADA, 2016, pp. 368 y s., 383, quien sigue en este punto lo manifestado por Olga Feliú en la Charla de la IFA de 30 de septiembre de 2015.

<sup>45</sup> El citado artículo dispone que «[n]ingún delito se castigará con otra pena que la que le señale una ley promulgada con anterioridad a su perpetración.

Si después de cometido el delito y antes de que se pronuncie sentencia de término, se promulgare otra ley que exima tal hecho de toda pena o le aplique una menos rigurosa, deberá arreglarse a ella su juzgamiento.

Si la ley que exima el hecho de toda pena o le aplique una menos rigurosa se promulgare después de ejecutoriada la sentencia, sea que se haya cumplido o no la condena impuesta, el tribunal que hubiere pronunciado dicha sentencia, en primera o única instancia, deberá modificarla de oficio o a petición de parte.

En ningún caso la aplicación de este artículo modificará las consecuencias de la sentencia primitiva en lo que diga relación con las indemnizaciones pagadas o cumplidas o las inhabilidades».

La primera, referida al hecho de que nunca existirá esta coincidencia entre la simulación del artículo 4° quáter del Código Tributario y los delitos expresamente enumerados en el proyecto de ley —por lo que mal se podría señalar que hay una derogación de determinados delitos—, toda vez que el ilícito penal exige acreditar un elemento subjetivo que no se contempla respecto de la simulación del artículo 4° quáter del Código Tributario. Por lo demás, cabe tener presente que el propio Código Tributario ha señalado que la persecución de la responsabilidad penal no es óbice para determinar correctamente la obligación tributaria, según lo dispuesto en sus artículos 105 inciso final y 162 inciso 5°.

La segunda, apunta a que bajo la pretendida enumeración taxativa de los delitos tributarios que pueden estar vinculados con la simulación, se obviaba la circunstancia de que existe un número importante de delitos expresamente tipificados fuera del Código Tributario que remiten en su sanción a las norma de algunos de los delitos enumerados, los cuales no estarían excluidos de la aplicación de la simulación del artículo 4° quáter en el texto original de la reforma tributaria. Como ha manifestado la doctrina, la legislación punitiva chilena es «exageradamente abundante en figuras penales tributarias» (HADWA ISSA, 2019, p. 32). Estas consideraciones podrían explicar la segunda regulación que se pretendió dar a la simulación.

Al respecto, a partir del texto propuesto en la indicación presidencial N° 049-376, de 8 de mayo de 2019, ya no se hizo mención taxativa a delitos concretos, sino que exceptuó de la aplicación de la simulación del artículo 4° quáter del Código Tributario «los casos de simulación expresamente tipificados como delito». Este cambio no fue aprobado en el primer trámite constitucional del proyecto de ley.

Ahora bien, la consagración del ilícito del artículo 100 bis del Código Tributario ha generado cuestionamientos en la doctrina chilena relativos a su constitucionalidad. Así, se ha manifestado que sancionar al asesor fiscal en los términos planteados en el tipo en comentario vulneraría garantías fundamentales, ya que lesionaría el principio de tipicidad y la libertad de trabajo<sup>46</sup>. Además, se indica que hay una infracción de las normas del secreto profesional, pues para exonerarse de responsabilidad, el asesor deberá traicionar la confianza de su cliente y entregar información que confidencialmente le ha sido entregada (BOETSCH GILLET, 2016, pp. 154 y ss., Historia de la Ley N° 20.899, p. 1909). Y un sector ha apuntado el hecho de que la regulación del injusto lesiona el principio de proporcionalidad —o podría lesionarlo— al no establecer una diferenciación a nivel de sanción entre conductas que dan lugar a la planificación o diseño de actos abusivos, de aquellos supuestos en que se trata de actos simulados (AVILÉS HERNÁNDEZ, 2014, p. 246).

Como último aspecto a analizar, conviene señalar que antes de la presentación al Congreso Nacional del proyecto de la Ley N° 21.210, un grupo de tributaristas solicitó al Gobierno derogar el ilícito del artículo 100 bis del Código Tributario, ya que sería inconstitucional al sancionar a quien asesora al contribuyente en la búsqueda de un ahorro impositivo no evasivo y en el que no existe ánimo de defraudar.

Al respecto, se debe señalar que efectivamente las normas generales antielusión chilenas prescinden de elementos subjetivos; sin embargo, esta circunstancia no es óbice para establecer una sanción administrativa asociada a comportamientos abusivos o simulados. Ello, por cuanto las figuras de los artículos 4° ter y 4° quáter persiguen que la obligación tributaria se determine correctamente y no buscan sancionar al contribuyente.

Sin perjuicio de lo anterior, la infracción del artículo 100 bis ha de cumplir con las exigencias propias del Derecho administrativo sancionador. La postura clásica de la doctrina en Chile señala que en esta materia rige el principio de culpabilidad, por lo que es a propósito del examen del injusto que resulta relevante el análisis de los elementos subjetivos y, al respecto, no parecen

---

<sup>46</sup> Al determinar la forma en que el asesor tributario debe realizar su labor; por lo demás, teniendo presente las elevadas multas, la asesoría tributaria sólo podría ser desarrollada por grandes firmas. Historia de la Ley N° 20.780, pp. 890 y s., 1908 y s.

haber objeciones. Así, no se vislumbra en este punto el problema de constitucionalidad previamente señalado. Ello, incluso si se sostuviese que no es posible aplicar las normas del Derecho administrativo sancionador, al tratarse de una sanción que no es determinada por la Administración, sino por un tribunal, pues igualmente se podría llegar a aplicar los principios penales, como ocurre en Chile con la sanción en materia de libre competencia, la que es establecida por un tribunal.

Finalmente, centrandó el análisis en la simulación, es preciso indicar que pese a que el legislador considera que la simulación es un supuesto de elusión, su naturaleza jurídica es evasiva, en los términos señalados. Por tanto, en el caso de que los actos, contratos o negocios sean calificados como simulados, el ilícito del artículo 100 bis sanciona a quien posibilita la violación directa de las disposiciones tributarias, razón por la cual en este punto tampoco se vislumbra el problema de constitucionalidad apuntado. Más bien, lo problemático se refiere a la relación entre el ilícito del artículo 100 bis, aplicable al asesor tributario, y la figura penal del artículo 97 número 4 inciso 3° del Código Tributario, cuyo sujeto activo es el contribuyente. La duda se refiere a si se podrían aplicar dos títulos de castigo al asesor: responsable del ilícito del artículo 100 bis y partícipe del delito del contribuyente.

## Conclusiones

La Ley N° 20.780 establece en Chile de manera positiva dos normas generales antielusivas: el abuso de las formas jurídicas y la simulación. Sin embargo, la naturaleza jurídica de la simulación es evasiva, no elusiva, con lo cual se generan una serie de problemas desde el punto de vista aplicativo y constitucional.

Así, la simulación es sometida a un procedimiento administrativo y judicial para ser declarada, en circunstancias que previo a la dictación de la Ley N° 20.780 el Servicio de Impuestos Internos podía directamente establecer la correcta determinación de la obligación tributaria y, adicionalmente, perseguir la responsabilidad penal correspondiente. En la actualidad, la jurisprudencia del órgano constitucional impide perseguir por la vía civil (artículo 4° quáter del Código Tributario) y penal las conductas simuladas. Ello genera un problema desde el punto de vista de la persecución punitiva, pues el Ministerio Público sólo puede investigar si es que hay una denuncia o querrela del Servicio de Impuestos Internos, o bien si la Administración tributaria requiere la intervención del Consejo de Defensa del Estado para que presente una querrela. Esta limitación a la persecución conjunta carece de fundamento legal y no se explica si se tiene presente el criterio que había guiado la actuación de la Administración tributaria respecto de los hechos ocurridos con anterioridad a la entrada en vigencia del artículo 4° quáter del Código Tributario.

Por lo demás, la consagración de la simulación en el artículo 4° quáter del Código Tributario y del ilícito del artículo 100 bis del mismo cuerpo legal ha llevado a que se señale que existe una derogación tácita de carácter parcial o una despenalización de la simulación en los casos del artículo 4° quáter. Ello no deja de llamar la atención si se parte de la base de que la figura del artículo 4° quáter determina la correcta tributación del contribuyente, pero no lo sanciona, y el ilícito del artículo 100 bis tiene como sujeto activo al asesor tributario, no al obligado a pagar impuestos.

Finalmente, hay una serie de objeciones de constitucionalidad vinculadas al establecimiento de una sanción en supuestos de elusión fiscal, esto es, abuso de las formas jurídicas y simulación. Si bien se ha señalado que hay un problema a nivel de

culpabilidad, pues la simulación del artículo 4° quáter del Código Tributario está contemplada en términos objetivos, se estima que esto no es óbice para exigir que el ilícito cumpla con las exigencias de culpabilidad, al estar en un ámbito distinto, como es el sancionatorio, sin perder de vista que respecto de la simulación, al asesor se lo sancionaría por haber diseñado o planificado actos declarados por un tribunal como simulados, esto es, evasivos. En consecuencia, él habría contribuido en la violación directa de las normas tributarias.

## BIBLIOGRAFÍA

ALCAÍNO GUTIÉRREZ, Lily Paola. Escenario de las normas antielusivas. En: VV.AA. Grandes temas tributarios (p. 3-51). Tomo II. Santiago: Thomson Reuters. 2019.

ALONSO GONZÁLEZ, Luis Manuel. Sociedades profesionales interpuestas. Problemática fiscal y penal. Madrid: Marcial Pons. 2016.

AVILÉS HERNÁNDEZ, Víctor Manuel. Legalidad tributaria y mecanismos anti elusión. 2ª edición. Santiago: Editorial Jurídica de Chile. 2014.

BOETSCH GILLET, Cristián. La norma general anti elusión. Análisis desde la perspectiva del Derecho privado. Santiago: Ediciones UC. 2016.

CATTANEO ESCOBAR, Isaías y BURGOS ARREDONDO, Jorge. Aplicación de la norma general antielusión en Chile. **Revista de Administración tributaria CIAT/AEAT/IEF**. (41), 1-15. 2016.

CORTÉS DOMÍNGUEZ, Matías. Ordenamiento tributario español. Madrid: Civitas. 1985.

FERRARA, Francisco. La simulación de los Negocios Jurídicos. Trad. de Rafael Atard y Juan A. de la Puente. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado. 1960.

FAÚNDEZ UGALDE, Antonio. Problemas de aplicación de las normas antielusión. **Revista de Estudios Tributarios**. (15), 101-122. 2016.

GÁRATE, Cristián. La legítima razón. **Cuadernos de Extensión Jurídica**. (26), 179-220. 2015.

GONZÁLEZ ORRICO, Jaime Andrés. Notas sobre el procedimiento para declarar la existencia de abuso o simulación en el Proyecto de Reforma Tributaria (boletín 9290-05). **Revista Actualidad Jurídica**. (30), 79-108. 2014.

HADWA ISSA, Marcelo. Evasión y elusión tributaria. Un breve análisis desde el punto de vista de las categorías conceptuales de economía de opción, fraude a la ley y de la simulación. **Doctrina y jurisprudencia penal. Delitos tributarios**. (38), 19-42. 2019.

Historia de la Ley N° 20.780 [en línea. Consulta: 11 de agosto de 2018]. Disponible en <http://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/4406/>, 4877 pp.

MATUS ACUÑA, Jean Pierre. Aspectos penales de la reforma tributaria. **Revista de Derecho (Escuela de Postgrado)**. (6), 261-268. 2014.

MATUS FUENTES, Marcelo. La elusión tributaria y su sanción en la Ley N° 20.780. Hacia un concepto de negocio jurídico elusivo. **Ius et praxis**. 23 (1), 67-90. 2017.

NAVARRO SCHIAPPACASSE, María Pilar. La sanción en los supuestos de abuso o simulación como un caso de *compliance* regulado en materia administrativa. **Revista de Derecho (Valdivia)**. 32 (2), 231-250. 2019.

PÉREZ ROYO, Fernando. Derecho financiero y tributario. Parte general. 26ª edición. Cizur Menor: Aranzadi. 2016.

SAFFIE GATICA, Francisco Javier. Análisis de las modificaciones propuestas en el proyecto de “modernización tributaria” a las normas interpretativas del código tributario y la cláusula general antielusión como intento de privatización del derecho tributario. En: NAVARRO SCHIAPPACASSE, María Pilar y MAGASICH AIROLA, Álvaro Pablo (Coords.). Reforma Tributaria 2020: principales cambios. (p. 81-124). Valencia: Tirant lo Blanch. 2020.

UGALDE PRIETO, Rodrigo. La elusión tributaria. La declaración judicial de la elusión. Santiago: Editorial Jurídica de Chile. 2018.

UGALDE PRIETO, Rodrigo y GARCÍA ESCOBAR, Jaime. Elusión, planificación y evasión tributaria. 4ª edición. Santiago: Legal Publishing. 2010.

VERGARA QUEZADA, Gonzalo. Norma antielusiva general. Sobre los fines en nuestras leyes tributarias. Santiago: Editorial Libromar. 2016.

VIAL DEL RÍO, Víctor. Teoría general del acto jurídico. 5ª edición. Santiago: Editorial Jurídica de Chile. 2019.

WALKER M., Ricardo. Hacia una interpretación jurídica de la economía de opción y el abuso en la norma general antielusión del Código Tributario, **Revista de Estudios Tributarios**. (8), 133-166. 2017.

YÁÑEZ VILLANUEVA, Felipe. Análisis de la nueva cláusula general antielusiva. **Revista de Estudios Tributarios**. (11), 233-250. 2014.



## CONSERVER POUR ASSURER L'ACCES : GESTION HYDRIQUE ET CONSERVATION DES RESSOURCES EN EAU AU BRESIL<sup>1</sup>

*Gustavo Fernandes Meireles<sup>2</sup>*

### RESUME

La conservation des ressources hydriques a des liens étroits avec la garantie universelle de l'accès à l'eau potable et à l'assainissement. Cela revient à mettre en évidence les rapports existants entre le « grand cycle de l'eau », son cycle naturel, avec le « petit cycle de l'eau », celui-ci concernant les usages humains comprenant ainsi le prélèvement, la distribution, la collecte et le traitement des eaux. L'article analyse les cadres juridiques relatifs à ces deux cycles de l'eau au Brésil, soulignant des points de contact entre le droit à l'eau et à l'assainissement et la conservation des ressources hydriques. On constate des obstacles pour les lier davantage en apportant la cohérence souhaitée, malgré des efforts récents du point de vue de la législation.

**MOTS-CLES:** Ressources hydriques. Conservation. Droit à l'eau. Droit à l'assainissement. Développement.

*CONSERVE TO GUARANTEE ACCESS:  
HYDROLOGICAL MANAGEMENT AND CONSERVATION OF WATER RESOURCES  
IN BRAZIL*

### ABSTRACT

The conservation of water resources is closed linked to the fulfillment of the universal access to water and sanitation. This comes to put in evidence the relations between the "big water cycle", i.e. the natural hydrological water cycle, and the "small water cycle" this one concerning human usages of water from caption in the nature, distribution, and then collection and treatment of waste water. This paper analyzes the legal frameworks of these both water cycles in Brazil, highlighting some points of contact between the right to water and sanitation and the conservation of water resources. We find out some shortcomings in order to better put them together within a more coherent approach, although some recent efforts on the legislation applying.

---

<sup>1</sup> Article issu de la communication homonyme présentée lors de la Journée d'études franco-brésilienne « Le Brésil : quels défis environnementaux ? » à l'Université de la Rochelle, le 2 octobre 2017, vidéo de la communication disponible sur : <http://portail-video.univ-lr.fr/Conserver-pour-assurer-l-acces>.

<sup>2</sup> Doctorant en Droit public à l'Université Paris-Saclay (École doctorale SHS) sous la direction de Mme la Professeure Frédérique Coulée. A.T.E.R. à la Faculté Jean Monnet. Membre de l'Institut d'études de droit public (IEDP) de la Faculté Jean Monnet. Courriel.

**KEYWORDS:** Water resources, conservation, right to water, right to sanitation, development.

**CONSERVAR PARA GARANTIR O ACESSO:  
GESTÃO HÍDRICA E CONSERVAÇÃO DOS RECURSOS HÍDRICOS NO BRASIL**

**RESUMO**

A conservação dos recursos hídricos apresenta vínculos próximos com a garantia universal de acesso à água e ao saneamento. Isso conduz a colocar em evidência as relações existentes entre o “grande ciclo da água”, o ciclo hidrológico natural, e o “pequeno ciclo da água”, este relativo aos usos humanos deste recurso, compreendendo a captação, a distribuição, a coleta e o rejeito de águas. Este artigo analisa o quadro jurídico concernente a esses dois ciclos no Brasil, ressaltando alguns pontos de contato entre o direito à água e ao saneamento e a conservação de recursos hídricos. Constatam-se obstáculos para estabelecer um elo mais coerente entre esses ciclos, apesar de esforços recentes do ponto de vista legislativo.

**PALAVRAS-CHAVE:** Recursos hídricos. Conservação. Direito à água. Direito ao saneamento básico. Desenvolvimento.

**PLAN**

Introduction

I. Le grand cycle de l'eau : conserver pour assurer l'accès

A. La politique brésilienne de ressources hydriques

B. Défis actuels pour la conservation des ressources hydriques au Brésil

1. *La mise en œuvre des instruments de la politique*

2. *Le nouveau code forestier brésilien et les implications sur les ressources hydriques*

II. Le petit cycle de l'eau : assurer l'accès en conservant les ressources

A. La politique d'approvisionnement en eau et assainissement au Brésil

B. Mesures pour la conservation des ressources dans le cadre de la politique d'assainissement

**INTRODUCTION**

Tandis que la conservation des ressources hydriques est souvent dissociée des politiques des services d'eau potable et d'assainissement, il s'agit de contextes étroitement liés et avec des impacts réciproques. Le sujet, bien que se concentrant sur la situation brésilienne, se place dans la confluence entre le cadre plus général de crise hydrique et l'évolution progressive du droit à l'eau et à l'assainissement sur le plan international.

L'eau étant la ressource essentielle par excellence – puisque nécessaire à la survie humaine, ainsi qu'à tous ses domaines d'activité – il n'est pas de trop de rappeler combien il s'agit d'une ressource rare. Moins de 1 % de l'eau douce de la planète est disponible en état liquide. Cependant, l'eau ne disparaît pas ; elle demeure dans un circuit fermé à l'échelle globale qu'on appelle le « grand cycle de l'eau » comprenant le

renouvellement naturel des ressources (Kotwicki, 2009). Ce grand cycle est affecté par le « petit cycle de l'eau » – consistant lui au prélèvement de l'eau dans les sources, distribution, collecte et traitement, avant son rejet dans la nature. S'il est vrai que les facteurs climatiques concourent à augmenter les écarts entre l'offre et la demande de ressources en eau (GIEC, 2014), on constate également que dans plusieurs régions du globe la consommation d'eau est considérablement plus élevée que les taux de renouvellement naturel des ressources hydriques. S'ajoute à cela le fait qu'environ 80 % des eaux usées<sup>3</sup> sont libérées dans l'environnement sans traitement approprié (ONU-Eau, 2017)<sup>4</sup>. D'où l'importance de la conservation pour assurer l'accès à l'eau.

Au niveau international, on constate une progressive préoccupation quant aux questions liant conservation des ressources hydriques et accès à l'eau notamment dès la Conférence sur l'eau de Mar del Plata, qui recommanda aux États l'adoption de législation pour la protection de l'eau et des écosystèmes hydriques en vue de promouvoir l'utilisation efficiente et équitable des ressources en eau<sup>5</sup>, aussi bien que l'établissement de plans d'action pour combattre la pollution hydrique<sup>6</sup>. Inspiré par ce Plan d'action, aussi bien que par les principes de la Déclaration de Dublin sur l'eau dans la perspective du développement durable<sup>7</sup>, le programme Action 21, adopté lors de la Conférence Rio 1992, a également reconnu l'importance de la préservation des ressources (item 18.C) tout en tenant compte que « l'approvisionnement en eau potable et l'assainissement sont indispensables pour protéger l'environnement » (item 18.D)<sup>8</sup>. L'accent était alors mis plutôt sur des solutions en amont, concernant la préservation des ressources. Le document final de la Conférence Rio+20, « L'avenir que nous voulons », va plus loin en ajoutant des éléments concernant la réduction de la pollution de l'eau et le traitement des eaux usées, aussi bien que la réduction des pertes en eau<sup>9</sup>.

Les Objectifs de développement durable (ODD) – adoptés en 2015 à l'horizon 2030 – ont inscrit expressément la préservation dans l'objectif concernant l'accès à l'eau potable et à l'assainissement (objectif 6) et mettent l'accent sur la réutilisation des ressources (notamment la cible 6.3)<sup>10</sup>. Malgré l'imprécision des termes, il s'agit quand-même d'une évolution certaine par rapport au programme précédant – les Objectifs du millénaire pour le développement (OMD), adoptés en 2000 – lequel prévoyait

<sup>3</sup> La notion d'« eaux usées » comprend l'ensemble des eaux suivants : effluents domestiques, divisés entre eaux ménagères (eaux grises), provenant des salles de bain, lessive et des cuisines et eaux vannes, provenant des rejets des toilettes ; effluents provenant des commerces et institutions ; les effluents industriels ; les eaux pluviales ; les eaux de ruissellement urbain ; les eaux de ruissellement agricole, horticole et aquacole. La composition de matières présentes dans les eaux usées varie selon les usages et le volume des chaque composant (CORCORAN *et al.*, 2010, p. 15).

<sup>4</sup> La quantité d'eaux usées non traitées varie d'un pays à l'autre selon le niveau de revenu : « En moyenne, les pays à revenu élevé traitent environ 70 % des eaux usées qu'ils génèrent, tandis que la proportion tombe à 38 % dans les pays à revenu intermédiaire supérieur et à 28 % dans les pays à revenu intermédiaire inférieur. Dans les pays à faible revenu, seulement 8 % des eaux usées industrielles et municipales font l'objet d'un quelconque traitement » (ONU-EAU, 2017).

<sup>5</sup> NATIONS UNIES, *Plan d'action de Mar del Plata*, document, E.77.II.A.12, 25 mars 1977, p. 11, § 7.

<sup>6</sup> *Idem*, p. 27, § 38. Voir aussi p. 108 et s. du même document.

<sup>7</sup> Adoptée lors de la Conférence internationale sur l'eau et l'environnement, qui s'est tenue le 26-31 janvier 1992.

<sup>8</sup> NATIONS UNIES, *Action 21*, document A/CONF.151/26/Rev.1, vol. I, annexe II, du 14 juin 1992, chapitre 18 : « Protection des ressources en eau douce et de leur qualité : application d'approches intégrées de la mise en valeur, de la gestion et de l'utilisation des ressources en eau ».

<sup>9</sup> NATIONS UNIES, *L'avenir que nous voulons*, document final de la Conférence des Nations Unies sur le développement durable, du 20 au 22 juin 2012, document A/RES/66/288, annexe, § 124.

<sup>10</sup> Nations Unies, *Transformer notre monde : programme de développement durable à l'horizon 2030*, document A/RES/70/1 du 25 septembre 2015, § 62. Voir notamment la cible 6.3.

seulement une cible concernant l'accès à l'eau et à l'assainissement (cible 7.c) et dont la préservation des ressources hydriques était établie de façon indirecte, par l'inscription de cette cible dans l'objectif relatif à la préservation de l'environnement (objectif 7)<sup>11</sup>. Encore faut-il ajouter que dans le programme adopté en 2015 les objectifs et les cibles de développement durable sont intégrés et indissociables<sup>12</sup>; dès lors la cible 6.3 doit être abordée en harmonie avec les autres cibles au sein de l'objectif 6, telles que l'accroissement de l'accès à des services d'assainissement (6.2), l'utilisation rationnelle des ressources en eau (6.4), la protection et restauration des écosystèmes liés à l'eau (6.6) et l'accès universel et équitable à l'eau potable (6.1).

Cette évolution se place dans le contexte d'émergence d'un droit à l'eau au niveau international notamment avec l'Observation générale n° 15 du Comité des droits économiques sociaux et culturels<sup>13</sup> et avec les travaux de la première rapporteuse spéciale pour le droit à l'eau et à l'assainissement de l'ONU, désignée en 2008 par le Conseil des droits de l'homme<sup>14</sup>. Certes, le droit à l'eau et à l'assainissement manque, au niveau international, de force contraignante. Et ce malgré les résolutions adoptées par l'Assemblée générale des Nations Unies, notamment la résolution 64/292 du 28 juillet 2010, et par son Conseil des droits de l'homme, lesquelles n'établissent pas des obligations juridiques. Il n'en demeure pas moins que l'évolution du droit à l'eau et à l'assainissement contribue à souligner l'importance de la conservation des ressources hydriques pour la réalisation de l'accès à l'eau<sup>15</sup>. C'est ainsi que l'Assemblée générale des Nations Unies, dans sa résolution 65/153, invite les États et les parties prenantes à « placer la question de l'assainissement dans un contexte beaucoup plus large et à en aborder tous les aspects, y compris la promotion de l'hygiène, la fourniture de services d'assainissement de base, les réseaux d'égouts et le traitement et la réutilisation des eaux usées dans le contexte de la gestion intégrée des ressources en eau ».

La conservation des ressources et la promotion de l'accès à l'eau exigent une gouvernance accrue entre l'État, les opérateurs des services de l'eau et les divers usagers. Il s'agit dans le fond de concilier le grand et le petit cycle de l'eau, en prenant compte notamment des impacts que le petit cycle peut porter à la durabilité des ressources hydriques.

Quoique le Brésil se place parmi les pays où la moyenne d'accès à la ressource reste assez élevée, les enjeux liés à la mauvaise conservation et les différences régionales demandent une intégration plus efficace des cycles de l'eau, qui ont été toutefois *a priori* dissociés par le législateur brésilien. Les défis de conservation impliquent tant le grand cycle (I) que le petit cycle de l'eau (II), et demandent même une gestion intégrée qui comprenne ces deux contextes.

---

<sup>11</sup> NATIONS UNIES, *Déclaration du Millénaire*, document A/RES/55/2, du 8 septembre 2000, § 19.

<sup>12</sup> NATIONS UNIES, *Transformer notre monde : programme de développement durable à l'horizon 2030*, A/RES/70/1, *op. cit.*, § 55.

<sup>13</sup> NATIONS UNIES, Comité des droits économiques sociaux et culturels, *Observation générale n° 15*, document E/C.12/2002/11, « Le droit à l'eau », publié le 20 janvier 2003.

<sup>14</sup> NATIONS UNIES, CDH, Résolution 7/22 du 28 mars 2008. Dans son premier rapport comme rapporteuse spéciale, Catarina de Albuquerque a mis l'accent sur les problèmes liés à l'assainissement, y compris la pollution due à mauvaises conditions dans ce secteur et qui mène à des conséquences négatives sur l'accès à l'eau potable. Voir document A/HRC/12/24 du 1<sup>er</sup> juillet 2009.

<sup>15</sup> Voir à cet égard le § 6 de la Résolution 65/153 du 20 décembre 2010 de l'Assemblée générale de l'ONU.

## I. LE GRAND CYCLE DE L'EAU : CONSERVER POUR ASSURER L'ACCÈS

Le grand cycle de l'eau concerne le cycle naturel de l'eau consistant dans la circulation permanente de l'eau entre les océans, les continents et l'atmosphère. Ce cycle peut être schématiquement décrit par les mécanismes d'évaporation, de précipitation, et de ruissellement de surface et infiltration de l'eau. L'équilibre des écosystèmes est fondamental pour la manutention de ce cycle et, par conséquent, des ressources hydriques, tant quantitativement que qualitativement. Les mesures pour la conservation du grand cycle de l'eau impliquent, bien entendu, des actions à l'échelle globale y compris dans le cadre des mesures pour contrer les changements climatiques. Mais ces actions sont liées aux choix des États pour accomplir leur part de responsabilité dans la durabilité des ressources hydriques. Cette responsabilité est d'autant plus importante lorsqu'elle concerne un État dont le territoire est aussi vaste que celui du Brésil, où se trouvent 12 % de l'eau douce disponible sur la planète (Brésil, Ministério do Meio Ambiente/Secretaria de Recursos Hídricos, 2006, p. 179). D'où l'importance d'établir une politique de gestion des ressources hydriques (A), laquelle trouve toutefois d'importants obstacles pour sa mise en œuvre (B).

### A. La politique brésilienne de ressources hydriques

Ayant une extension continentale, le territoire brésilien présente des différences très importantes en ce qui concerne la disponibilité des ressources en eau. Ces différences dues à la diversité des écosystèmes sont accentuées par des facteurs sociologiques, tels que la distribution démographique sur le territoire et les inégalités économiques régionales. En effet, la région amazonienne concentre 73,6 % des ressources en eau superficielles du pays, alors que sa population ne représente que 4,9 % de la population nationale (Brésil, ANA, 2013, p. 16). La population se concentrant surtout le long de la côte atlantique dans les régions Nordeste, Sul e Sudeste<sup>16</sup>, les disparités hydrographiques sont assez marquées entre le sud plus peuplé, plus riche et disposant d'une plus grande quantité d'eau et le nord-est, plus pauvre et dont une grande partie du territoire se situe dans une zone semi-aride avec des faibles bilans pluviométriques et des basses taux d'infiltration (Brésil, ANA, 2013, pp. 18-21).

Tenant compte de ces spécificités régionales (art.3, II), la loi n° 9.433, du 8 janvier 1997, qui institue la Politique nationale des ressources hydriques (PNRH), a opéré une décentralisation de la gestion hydrique au Brésil, établissant la gestion des ressources hydriques par bassin versant<sup>17</sup>. Cette division par bassin versant – semblable à celle qu'existe en France depuis la loi n° 64-1245 du 16 décembre 1964<sup>18</sup> – cherche à garder une cohérence entre les réalités locales des bassins hydrographiques tout en conservant des mécanismes de centralisation de la politique nationale des ressources hydriques.

<sup>16</sup> République fédérative constituée de 26 États fédérés et le District Fédéral, le territoire du Brésil est divisé en cinq régions politico-administratives : *Norte* (le nord), *Nordeste* (le nord-est), *Centro-Oeste* (le centre-ouest), *Sudeste* (le sud-est) et *Sul* (le sud). Cette division, établie par l'Institut brésilien de géographie et statistique (IBGE) en 1942 (Circular n° 1 du 31 janvier 1942), est basée entre autres dans les aspects géographiques et aspects physiques du territoire. Elle est différente de la division des régions hydrographiques.

<sup>17</sup> Art. 1<sup>er</sup>, V: « Art. 1<sup>o</sup> A Política Nacional de Recursos Hídricos baseia-se nos seguintes fundamentos: [...] V - a bacia hidrográfica é a unidade territorial para implementação da Política Nacional de Recursos Hídricos e atuação do Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos [...] ».

<sup>18</sup> *JORF* du 18 décembre 1964 p. 11258.

La loi n° 9.433 de 1997, dite Loi des eaux (*Lei das Águas*) règlemente l'article 21, XIX de la Constitution fédérale de 1988. Elle actualise la législation fédérale des eaux au Brésil – qui comptait sur le décret 24.643 du 10 juillet 1934, le code des eaux (*Código de Águas*) – plaçant la gestion des eaux sur une perspective de conservation environnementale, comme en témoignent les objectifs de la PNRH stipulés dans l'article 2 : assurer aux générations actuelles et futures la nécessaire disponibilité de l'eau, en paramètres adaptés aux usages respectifs (I) ; l'utilisation rationnelle et intégrée des ressources hydriques en vue du développement durable, y compris dans le secteur des transports (II) ; et la prévention et défense contre des événements hydrologiques critiques, de causes naturelles ou par la mauvaise utilisation des ressources (III)<sup>19</sup>. De même, parmi les lignes directrices générales de la PNRH (art. 3) se trouve l'intégration de la gestion des ressources hydriques avec la gestion environnementale.

Ainsi, si le *Código de Águas* de 1934 était clairement motivé par les usages économiques des eaux (industriel, hydroélectrique et agricole), la loi de 1997 est influencée par les principes de la Déclaration de Dublin de 1992, reconnaissant parmi les fondements de la Politique nationale des ressources hydriques (art. 1<sup>er</sup>) que l'eau est un bien relevant du domaine public<sup>20</sup> (I) et qu'il s'agit d'une ressource naturelle limitée, dotée de valeur économique<sup>21</sup> (II) ; que la priorité est la consommation humaine et l'abreuvement des animaux dans des situations de pénurie d'eau (III) ; et que la gestion des ressources hydriques doit être décentralisée, impliquant la participation de l'Administration publique, des usagers et des communautés (VI).

Afin d'accomplir ces objectifs, la PNRH dispose des quelques instruments (art. 5) parmi lesquels on souligne (I) les plans de ressources hydriques, à l'échelle nationale, de chaque État fédéré et de chaque bassin versant (art. 8) ; (II) la classification des masses d'eau selon leur qualité, de façon à déterminer les types d'usage respectifs (art. 9 et 10) ; (III) l'octroi des droits d'usage afin d'assurer le contrôle quantitatif et qualitatif des usages de l'eau (art. 11 à 18) ; (IV) la tarification pour l'usage des ressources hydriques, liée aux droits d'usage (art. 19 à 22) et finalement la constitution d'un Système d'informations sur les ressources hydriques, lequel doit être établi à l'échelle nationale et des États, et assurer l'accès aux informations de l'ensemble de la société (art. 26, III)<sup>22</sup>.

<sup>19</sup> Art. 2, 3, III de la loi n° 9.433/1997.

<sup>20</sup> Selon les *Código de Águas* de 1934, l'eau pouvait être considérée un bien privé (art. 1<sup>er</sup>, art. 8), bien que son usage pût être limité par l'Administration publique. La Constitution fédérale de 1988 a aboli la propriété privée des eaux au Brésil, établissant que sont de l'*União* (personne juridique de droit interne composant l'organisation politico-administrative de la fédération avec les États fédérés et les municipalités, selon l'art. 19 de la Constitution) les lacs, les fleuves et les courants d'eau localisés dans des terrains de l'*União*, ou ceux dont les marges sont à plus d'un État, ou fassent frontière avec autres pays, ou soient des eaux internationales (art. 20, III). Les États fédérés ont la titularité sur les eaux de surface ou souterraines dans qui se trouvent dans les limites de leur territoires (art. 26, I).

<sup>21</sup> Principe 4 de la Déclaration de Dublin, *op. cit.*

<sup>22</sup> Le Système national d'informations sur les ressources hydriques (SNIRH) est disponible sur : <http://www.snirh.gov.br>. Les 26 États fédérés et le District Fédéral doivent aussi organiser des systèmes d'information concernant la gestion de l'eau dans leurs territoires, conformément à l'article 30, III. En France, la loi du 30 décembre 2006 sur l'eau et les milieux aquatiques a introduit le Système d'information sur l'eau (SIE) au Code de l'environnement (art. L.213-2). Les données du SIE sont disponibles sur : <http://www.data.eaufrance.fr> [consulté le 25 octobre 2017].

La gestion décentralisée instaurée par la Loi n° 9.433/1997 est coordonnée par le Système national de gestion des ressources hydriques (SINGREH)<sup>23</sup>. Il est composé d'organes chargés de la formulation des politiques hydriques et d'organes chargés de leur mise en œuvre, et ce tant au niveau national qu'au niveau des États fédérés et du District Fédéral (art. 33). Les premiers sont le Conseil national des ressources hydriques (CNRH) (art. 34 à 36) placé auprès du Ministère de l'environnement (art. 45), les Comités des bassins (art. 40) – ces deux organes sont composés chacun par des collèges avec des représentants de l'État, des usagers et des organisations civiles des ressources hydriques<sup>24</sup> – et des organes de l'Administration directe (fédérale<sup>25</sup> et des États fédérés et du District Fédéral). Du côté des organes exécutifs du SINGREH se trouvent l'Agence nationale d'eaux (ANA)<sup>26</sup> et les agences des bassins (art. 41 à 44). Cette structure est reproduite au niveau de chaque État fédéré et du District Fédéral.

Du côté de la planification, la loi prévoit que les plans des ressources hydriques seront adoptés à trois niveaux : par bassins versants, par État fédéré (et le District Fédéral) et au niveau national. Suivant l'orientation de décentralisation de la gestion hydrique au Brésil, le CNRH a constitué une Division hydrographique nationale composée de douze régions hydrographiques<sup>27</sup>. Ayant pour base cette division spatiale le Plan national des ressources hydriques (PNRH) fut adopté le 30 janvier 2006<sup>28</sup> à l'horizon 2020. Le contenu minimal des plans des ressources hydriques sont établis par la Loi des eaux de 1997, conformément à son art. 7. La loi n'étant pas claire par rapport à l'inclusion des eaux souterraines dans les plans de ressources hydriques, ce fut le CNRH qui a déterminé leur inclusion<sup>29</sup>.

Ce premier PNRH, adopté seulement neuf ans après l'entrée en vigueur de la Loi des eaux en 1997, constitue une étude d'ensemble assez riche sur la situation des eaux

<sup>23</sup> Le site internet du SINGREH, installé au sein du Ministère de l'environnement, est disponible sur : <http://www.mma.gov.br/agua/recursos-hidricos/sistema-nacional-de-gerenciamento-de-recursos-hidricos> [consulté le 25 octobre 2017].

<sup>24</sup> La définition d'« organisations civiles de ressources hydriques » est précisée par l'art. 47. Il s'agit de personnes juridiques pouvant être : des associations intercommunales de bassins versants ; des associations régionales, locales ou sectorielles d'usagers de ressources hydriques ; des organisations techniques et d'enseignement et recherche en ressources hydriques ; d'organisations non-gouvernementales ayant pour objectifs la protection d'intérêt général et collectifs ; ainsi que d'autres organisations reconnues par les conseils de ressources hydriques (national ou des États).

<sup>25</sup> Au niveau national, il s'agit du Bureau des ressources hydriques, placé sous la tutelle du Ministère de l'environnement (Secretaria de Recursos Hídricos do Ministério do Meio Ambiente).

<sup>26</sup> Agência Nacional de Águas, instituée par la Loi n° 9.984 du 17 juillet 2000 et liée au Ministère de l'environnement. Au niveau des États fédérés et du District Fédéral il existe plusieurs modèles d'organes administratifs de gestion des ressources hydriques comme le constate le premier Plan national de ressources hydriques (PNRH), de 2006 (BRÉSIL, 2006a, pp. 88-90).

<sup>27</sup> Parmi ces douze régions hydrographiques, six sont constituées par le bassin versant d'un seul fleuve, les autres six étant constitués des plusieurs bassins. Voir la Résolution n° 32 du 15 octobre 2003 du Conseil national de ressources hydriques (CNRH) qui institue la Division hydrographique nationale (voir carte et tableau en annexe). En France, la gestion de l'eau est organisée autour de ses 12 bassins versants, comprenant sept en métropole (six sur le territoire continental et un en Corse), quatre dans les DOM et un à Mayotte.

<sup>28</sup> Le CNRH a la compétence d'approuver et d'accompagner l'exécution du Plan national des ressources hydriques (PNRH) (art. 35, IX de la Loi n° 9.433/1997). Le PNRH fut approuvé par la Résolution n° 58 du 30 janvier 2006 du CNRH. Cette résolution stipule que l'ANA doit élaborer des rapports annuels consistant à une étude d'ensemble des ressources hydriques au Brésil (« Conjuntura dos Recursos Hídricos do Brasil ») (art. 2). Le premier rapport fut publié en 2009 et la série avec les rapports annuels est disponible sur : <http://www3.snirh.gov.br/portal/snirh/centrais-de-conteudos/conjuntura-dos-recursos-hidricos> [consulté le 25 octobre 2017].

<sup>29</sup> Résolution n° 22 du 24 mai 2002 du CNRH.

au Brésil. Le document, en quatre volumes<sup>30</sup>, tient compte des éléments physiques, institutionnels, normatifs et économiques. Mentionnant les objectifs du millénaire (OMD) et les principes définis au programme Action 21 comme références, le PNRH a pour objectif général d’

« établir un pacte national pour la définition de directives et politiques publiques vers l’amélioration de l’offre de l’eau, en quantité et en qualité, gérant les demandes et considérant que l’eau est un élément structurant pour la mise en œuvre des politiques sectorielles, dans une optique du développement durable et de l’inclusion sociale » (Brésil, 2006a, p. 37).

Des objectifs stratégiques et des directives et programmes sont établis en conséquence (Brésil, 2006b, pp 34 et s. ; Brésil, 2006c). Des révisions pour le PNRH sont prévues tous les quatre ans<sup>31</sup> et des priorités ont été adoptées en 2011<sup>32</sup> pour la période 2012-2015, et en 2016<sup>33</sup> pour la période 2016-2020. Les directives de départ étaient notamment basées sur la mise en œuvre de la structure institutionnelle très complexe prévue par la Loi des eaux de 1997, laquelle exige un niveau accru d’articulation entre organes. La révision pour la période 2012-2015 restant bien focalisée – à part quelques exceptions<sup>34</sup> – sur la mise en œuvre des éléments institutionnels de la politique des ressources hydriques, les priorités pour la période suivante (2016-2020) prévoient des actions plus liées à la conservation et l’utilisation durable des ressources – y compris la réutilisation de l’eau – et l’articulation avec la gestion d’assainissement au sens large (*saneamento básico*)<sup>35</sup>. L’évolution témoignée dans ce dernier aspect tient compte du fait que la loi n° 11.445/2007 établit la non-intégration des services d’assainissement dans les ressources hydriques (art. 4)<sup>36</sup>.

On constate qu’à part les directives prévues par la loi n° 9.433/1997, une large marge d’appréciation pour la planification est laissée aux organes du SINGREH, notamment au CNRH (au niveau national) et aux conseils de ressources hydriques des États fédérés et du District Fédéral.

Outre les plans de ressources hydriques, deux autres instruments prévus par la politique nationale de ressources hydriques doivent être soulignés, compte tenu de leur importance pour la conservation des ressources. Il s’agit de l’octroi des droits

---

<sup>30</sup> Les volumes du PNRH sont disponibles sur le site du Ministère de l’environnement, sur : <http://mma.gov.br/publicacoes/agua/category/42-recursos-hidricos> [consulté le 19 septembre 2017].

<sup>31</sup> Art. 3 de la Résolution n° 58 du 30 janvier 2006 du CNRH.

<sup>32</sup> Résolution n° 135 du 15 décembre 2011 du CNRH.

<sup>33</sup> Résolution n° 181 du 7 décembre 2016 du CNRH.

<sup>34</sup> On peut citer des actions prioritaires concernant la mise en œuvre des mécanismes liés à des programmes de conservation et de récupération de bassins hydrographiques. (Brésil, Ministério do Meio Ambiente/Secretaria de Recursos Hídricos/Agência Nacional de Aguas, 2011, p. 26).

<sup>35</sup> Au Brésil, la notion d’assainissement comprend l’approvisionnement en eau potable, la collecte des eaux usées, la gestion de déchets et la gestion d’eaux pluviales Art. 3, I, de la Loi n° 11.445 du 5 janvier 2007, qui établit les directives nationales pour l’assainissement (*saneamento básico*).

<sup>36</sup> Cette disposition légale manque de clarté et semble même être incohérente avec le concept de gestion intégré des ressources hydriques (GIRH) adopté par le PNRH. En outre, l’article 31 de la Loi n° 9.433/1997 stipule que l’Administration publique tiendra compte des politiques locales d’assainissement (*saneamento básico*) et encouragera avec l’intégration avec le PNRH. À cet égard, l’attribution de compétences concernant les services d’assainissement à l’Agence nationale des eaux (ANA) récemment approuvée par le projet de loi n° 4.162 de 2019, approuvé en deuxième lecture par le Sénat fédéral le 24 juin 2020, permet en principe de mieux associer gestion des ressources hydriques et services d’assainissement (*infra* note 62). L’Agence devra opérer comme régulatrice du secteur adoptant des directives et paramètres pour les services.

d'usage (*outorga de direitos de uso*) et la tarification (*cobrança*)<sup>37</sup>. En effet, ces deux instruments sont étroitement liés, puisque la tarification est conditionnée à l'octroi des droits d'usage<sup>38</sup>. Malgré la nature de bien public de l'eau, certains usages de l'eau sont sujets à la tarification. Suivant l'orientation du principe 4 de la Déclaration de Dublin, la tarification a pour but d'encourager l'utilisation rationnelle de l'eau, de reconnaître l'eau en tant que bien économique, donnant à ses usagers une indication de sa valeur, et aussi d'obtenir des ressources destinées à financer la mise en œuvre des plans de ressources hydriques (art. 19 de la Loi n° 9.433/1997)<sup>39</sup>.

L'octroi des droits d'usage vise à assurer un contrôle quantitatif et qualitatif des usages de l'eau. L'octroi ne constitue pas une aliénation des eaux (art. 17) et est limité à une période maximale de 35 ans, pouvant être renouvelée (art. 16). Chaque État fédéré est compétent pour octroyer des droits d'usage sur ses eaux ; l'*União* étant aussi compétente pour l'octroi relatif aux eaux sur son domaine<sup>40</sup>. Certains usages ne sont pas conditionnés à l'octroi, il s'agit de : l'utilisation des ressources hydriques pour la satisfaction des besoins de petits groupements de population en milieu rural ; les dérivations, captations et rejets, ainsi que l'accumulation de volumes d'eau considérés insignifiants<sup>41</sup>. Il s'agit notamment des grands usagers, y compris les municipalités et les prestataires des services d'approvisionnement en eau potable et d'assainissement.

## B. Défis actuels pour la conservation des ressources hydriques au Brésil

La politique des ressources hydriques au Brésil fait face à des obstacles concernant sa mise en œuvre sur le vaste territoire national (1), mais les carences concernant la protection d'écosystèmes importants pour l'équilibre hydrique prennent aussi part à ces défis (2).

### 1. La mise en œuvre des instruments de la politique nationale des ressources hydriques

Vingt ans après l'entrée en vigueur de la loi des eaux, sa mise en œuvre s'avère toujours un défi. Elle consiste notamment à mettre en place les instruments prévus par la loi (art. 5) et à organiser et faire fonctionner le SINGREH (Système national de gestion de ressources hydriques) aussi bien au niveau national qu'au niveau des États fédérés et de chaque bassin (art. 32). Loin d'être une tâche aisée, cela exige une forte

<sup>37</sup> En France, des redevances sont prévues par l'article L. 213-10 du Code de l'environnement, « [e]n application du principe de prévention et du principe de réparation des dommages à l'environnement [...] ».

<sup>38</sup> Art. 20 de la Loi n° 9.433/1997 ; Art. 4 et 6 de la Résolution n° 48 du 21 mars 2005 du CNRH.

<sup>39</sup> Pour une étude bien documentée sur la tarification pour l'usage de l'eau au Brésil, voir F. CASTELO BRANCO ARAÚJO, « O condicionamento da utilização de recursos hídricos em favor do desenvolvimento sustentável como decorrência do princípio da função social da propriedade », in G. OLIVEIRA MORAIS, W. PAIVA MARQUES JUNIOR, A. J. MAIA MELO (dir.), *As Águas na UNSAUL na Rio + 20 : Direito fundamental à água e ao saneamento básico, sustentabilidade, integração da América do Sul, novo constitucionalismo latino-americano e sistema brasileiro*, Curitiba, CRV, 2013, pp. 113-129.

<sup>40</sup> Les droits d'usage de l'eau octroyés par l'ANA (pour les eaux sous le domaine de l'*União*), peuvent être consultés sur les bases de données du Système national d'informations sur les ressources hydriques (SNIRH), sur : <http://portal1.snirh.gov.br/ana/apps/webappviewer/index.html?id=fa5b341124dc43778daa2a085d817217> [consulté le 25 octobre 2017].

<sup>41</sup> Autres usages sont dispensés de l'octroi, prévues à l'article 6 de la Résolution n° 1175 du 13 septembre 2013 de l'ANA. Cette même résolution (annexe 1) établit les paramètres à l'égard du critère d'« insignifiance » pour les dérivations, captations et rejets d'eaux usées.

concertation entre les différents membres fédératifs (*União*, États fédérés et District Fédéral) et les acteurs dont la participation au SINGREH est préconisée par la loi.

Au niveau national, les organes plus centralisés, soit le CNRH, du Bureau de ressources hydriques auprès du Ministère de l'environnement, de l'ANA furent installés. On peut dire la même chose des conseils de ressources hydriques au sein de chacun des 26 États fédérés et du District Fédéral<sup>42</sup>. Quant aux plans de ressources hydriques devant être adoptés au niveau des États et du District Fédéral, fin 2015 neuf États fédérés n'en avaient pas encore approuvés (Brésil, ANA, 2016, p. 74).

La mise en œuvre des instruments prévus par la loi des eaux exige tout d'abord l'installation des organes au niveau des bassins, compétents pour les instaurer et les exécuter. Il s'agit notamment des comités et des agences de bassin<sup>43</sup>. À ce propos, considérant la constitution fédérative de l'État brésilien, il existe des bassins interétatiques (*bacias interstaduais*), localisées sur le territoire de plus d'un état fédéré, et les bassins étatiques, localisées au sein du territoire d'un seul état fédéré. Or, à ce jour au niveau national, seulement neuf comités de bassins interétatiques sont installés. Quant aux comités de bassin dans les États fédérés, l'ANA en dénombre 206 en fonctionnement, couvrant 35,94 % du territoire national en 2015<sup>44</sup>. Il faut ajouter que l'adoption d'un plan de ressources hydriques est aussi attendue pour chaque bassin (art. 8 de la Loi des eaux) ; en 2015, 126 plans des bassins des États fédérés avaient été conclus couvrant moins de 20 % du territoire national<sup>45</sup>.

Quant à la mise en œuvre des instruments tels que l'octroi des droits d'usage (*outorga*) et la tarification (*cobrança*), on constate là aussi qu'une grande partie du territoire n'est pas encore couverte par leur application<sup>46</sup>. Cela est une conséquence évidente de la faible installation des comités de bassins, organes compétents pour établir les mécanismes de tarification (art. 38, VI de la Loi des eaux), et des agences de l'eau, qui ont la compétence pour appliquer la tarification auprès des usagers disposant d'un octroi des droits d'usage (art. 44, III).

L'exigence normative pour l'établissement d'organes représentatifs des divers acteurs sociaux concernés, fonctionnant comme une sorte de « parlements de l'eau » est un gage de la participation préconisée par le principe 2 de la Déclaration de Dublin. Il n'en demeure pas moins qu'il s'agit d'une tâche complexe, notamment du fait de la superposition des instruments de gestion des ressources hydriques à plusieurs niveaux sur un même territoire. Prenant comme exemple le territoire d'un bassin interétatique important comme celui du Rio São Francisco, on observe qu'il se trouve sur le territoire de six États fédérés (Minas Gerais, Goiás, Bahia, Pernambuco, Sergipe e Alagoas) et du District Fédéral. À part son propre comité de bassin<sup>47</sup>, le bassin du fleuve São Francisco

<sup>42</sup> ANA, *Panorama dos Estados*, disponible sur : <http://progestao.ana.gov.br/portal/progestao/panorama-dos-estados> [consulté le 25 octobre 2017].

<sup>43</sup> Pour les compétences des comités et des agences de bassin, respectivement, voir l'art. 38 et 44 de la Loi n° 9.433/1997. Les compétences de l'ANA (*Agência Nacional de Aguas*) est prévue par la Loi n° 9.984/2000.

<sup>44</sup> *Idem*, p. 64 et s. Pour plus d'infos, voir le site de l'ANA sur les comités de bassins hydrographiques : <http://www.cbh.gov.br> [consulté le 25 octobre 2017].

<sup>45</sup> *Idem*, p. 75.

<sup>46</sup> *Idem*, p. 91-93. Pour plus de détails voir le site de l'ANA, disponible sur : <http://www2.ana.gov.br/Paginas/servicos/cobrancaerrecadacao/cobrancaerrecadacao.aspx> [consulté le le 25 octobre 2017].

<sup>47</sup> CBH Rio São Francisco, Conformément au paragraphe unique de l'art. 37 de la Loi 9.433/1997, le Comité du Rio São Francisco fut créé par le Décret présidentiel n° 9.223 du 5 juin 2001. Voir CBH Rio São

dénombrer 18 comités des bassins de ses affluents. En termes de législation, outre la législation fédérale, sont applicables sur le territoire du bassin du São Francisco les lois des États fédérés et du District Fédéral<sup>48</sup>. En ce sens, l'élaboration et l'exécution d'un plan de ressources hydriques sur un tel territoire doit tenir compte d'un rigoureux partage des compétences dont l'échec peut menacer la décentralisation proposée par la loi des eaux. Par ailleurs, on remarque que les disparités hydriques régionales se manifestent également du point de vue de la mise en œuvre de la politique nationale des ressources hydriques<sup>49</sup>.

## 2. Le nouveau code forestier brésilien et les implications sur les ressources hydriques

On ne peut s'abstenir de commenter, quoique très brièvement, l'impact de la loi n° 12.651 du 25 mai 2012, le nouveau Code forestier brésilien, sur la conservation des ressources hydriques au Brésil.

Adoptée sous le fort appui des parlementaires « ruralistes » au Congrès national et malgré la pression sociale contre cette loi<sup>50</sup>, cette législation a des impacts non négligeables en termes de conservation des ressources hydriques. En changeant le paramètre pour délimiter les zones de conservation (*áreas de proteção permanente*, APP), le nouveau code réduit considérablement ces espaces importants pour les ressources hydriques puisqu'il s'agit notamment des abords de rivières, des sources hydriques, des zones humides, des sommets de collines, des mangroves. Ces zones constituent des zones couvertures végétale particulièrement importantes pour la conservation des ressources hydriques, puisqu'elles protègent les cours d'eau de l'érosion et de l'envasement et assurent la qualité de l'eau, créant une sorte de filtre pour réduire les impacts de la pollution causée par des activités agricoles. Le nouveau code prend comme paramètre pour déterminer la bande de protection dans les abords des cours d'eau le lit ordinaire au lieu du lit majeur (Art. 4, I) tel qu'il était établi dans la législation précédente. Or, si on prend en compte le régime des variations saisonnières du lit des fleuves au Brésil, cela entraîne une différence considérable des zones de conservation. Cela est particulièrement vrai dans la région amazonienne, caractérisée par des variations saisonnières assez prononcées dans le niveau des eaux des cours d'eau qui inondent les zones de « várzea » et d'« igapós » (Wittmann *et al.*, 2002). De même, le texte réduit la protection des sources, en considérant comme telles seulement les sources pérennes (art. 4, IV).

Il faut considérer que le nouveau code a eu la vertu de reconnaître des zones de conservation (APP) au sein des zones urbaines. Cependant, et ceci est l'élément le plus

---

Francisco, *Comitês de afluentes*, disponible sur : <http://cbhsaofrancisco.org.br/2017/comites-de-afluentes> [consulté le le 25 octobre 2017].

<sup>48</sup> On y a jointe aussi la législation des municipalités, notamment en termes d'assainissement, matière de leur compétence.

<sup>49</sup> Afin d'équilibrer ces inégalités, l'ANA met en place (par la Résolution n° 379 du 21 mars 2013) le programme PROGESTAO avec pour but d'encourager les États fédérés et le District Fédéral à mettre en œuvre les mécanismes de gestion des ressources hydriques prévus par la Loi des eaux. Les unités fédératives reçoivent des incitations financières au fur et à mesure qu'elles accomplissent les buts établis par le programme. Pour plus d'informations, voir le site du programme, disponible sur : <http://progestao.ana.gov.br> [consulté le le 25 octobre 2017].

<sup>50</sup> Voir résultats de l'enquête réalisée par l'institut Datafolha en juin 2011, sur demande de WWF-Brésil, SOS Mata Atlântica, Instituto Socioambiental, Imaflora, Imazon, et Friends of the Earth – Amazônia Brasileira. Disponible sur : [https://site-antigo.socioambiental.org/banco\\_imagens/pdfs/Apresentacao\\_Codigo\\_Florestal\\_datafolha.ppt](https://site-antigo.socioambiental.org/banco_imagens/pdfs/Apresentacao_Codigo_Florestal_datafolha.ppt) [consulté le le 25 octobre 2017].

controversé du nouveau code, les zones considérées comme « consolidées » (*consolidadas*) avant le 22 juillet 2008<sup>51</sup> sont dispensées de l'obligation de recomposition intégrale de la zone de conservation<sup>52</sup>. De ce fait, à titre d'exemple, des résidences et infrastructures associées à des activités agricoles, d'écotourisme et de tourisme rural seront maintenues, y compris celles qui se trouvent au bord des cours d'eau. En termes d'obligation de récupération de la couverture végétale riveraine, la loi établit un régime qui prend en compte la taille de la propriété rurale. Dans les propriétés allant jusqu'à un module fiscal<sup>53</sup> la recomposition de la végétation riveraine se limite à 5 mètres. Or, certains arbres ont un diamètre de feuillage qui dépasse largement cette taille.

Il est vrai que la législation précédente manquait de fermeté dans son application, mais les taux de déforestation dans la zone d'Amazonie brésilienne s'étaient tout de même considérablement réduits entre 2004 (lorsque 27.772 km<sup>2</sup> ont été déboisés) et 2012 (avec 5.012 km<sup>2</sup> déboisés), alors qu'on constate récemment de nouveaux pics de déforestation : 6.207 km<sup>2</sup> en 2015 et 7.989 km<sup>2</sup> en 2016<sup>54</sup>. Finalement, les changements opérés par le nouveau code représentent une réduction des zones de conservation (APP) de l'ordre de 377 000 km<sup>2</sup> et des zones de protection légale (*reserva legal*) de l'ordre de 367 000 km<sup>2</sup> (Guidotti *et al.*, 2017). La somme des deux représente un espace plus étendu que le territoire français.

L'impact des nouvelles dispositions est d'autant plus important qu'il y a une relation particulièrement étroite entre la déforestation de la région amazonienne et les crises hydriques dans les régions sud et sud-est du Brésil. Cela s'explique par le phénomène des « cours d'eau aériens » (« *rios aéreos* » ou « *rios voadores* ») (Marengo, 2006 ; Makarieva *et al.*, 2014 ; Nobre, 2014).

De ce fait, le nouveau code forestier porte atteinte aux écosystèmes liés à la conservation des ressources hydriques et va à contresens de la cible 6.6 des ODD. On ajoute finalement que le nouveau code forestier fait actuellement l'objet du contrôle concentré de constitutionnalité auprès du Supremo Tribunal Federal<sup>55</sup>.

Les défis relatifs au grand cycle de l'eau se conjuguent avec ceux qui relèvent de l'usage de l'eau, notamment pour assurer l'accès à l'eau potable et à l'assainissement tout en conservant les ressources hydriques.

---

<sup>51</sup> La référence au 22 juillet 2008, faite à plusieurs reprises au long du texte du nouveau code renvoi à la date de l'entrée en vigueur du Décret présidentiel n° 6.514 qui instaurait un régime de sanctions plus ferme pour les infractions environnementales.

<sup>52</sup> Art. 61-A combiné avec l'art. 61-B de la Loi n° 12.651/2012.

<sup>53</sup> Le « module fiscal » est une mesure, en hectares adoptés par la législation brésilienne pour des fins de régularisation foncière. La taille varie selon la région, la municipalité étant compétente pour la définir. Selon la Loi n° 8.629 du 25 février 1993, sont considérées petites propriétés rurales celles ayant jusqu'à quatre modules fiscaux (art. 4, I). Les propriétés moyennes sont celles ayant entre 4 et 15 modules fiscaux. La moyenne de taille d'un module fiscal au Brésil est de 20 hectares, mais dans certains États fédérés, comme le Mato Grosso, les modules fiscaux arrivent jusqu'à 100 hectares. Pour un tableau avec les modules fiscaux au Brésil, voir : <http://www.incra.gov.br/tabela-modulo-fiscal> [consulté le 25 octobre 2017].

<sup>54</sup> Les données sont du PRODES (Programa de monitoramento do desmatamento na Amazônia Legal por satélite), de l'Institut national de recherches spatiales (INPE), disponible sur : [http://www.inpe.br/noticias/noticia.php?Cod\\_Noticia=4344](http://www.inpe.br/noticias/noticia.php?Cod_Noticia=4344) [consulté le 25 octobre 2017].

<sup>55</sup> STF, Ações diretas de inconstitucionalidade (ADI) 4901, 4902, 4903 e 493, rapporteur Min. Luiz Fux.

## II. LE PETIT CYCLE DE L'EAU : ASSURER L'ACCÈS EN CONSERVANT LES RESSOURCES

Assurer l'accès à l'eau potable et, surtout, à des services d'assainissement relève d'un plus grand défi pour les services d'intérêt général et ce notamment dans les pays en développement. Il s'agit à la fois de desservir une eau de qualité alors même que l'état des ressources hydriques peut n'être pas favorable, et de collecter et traiter cette eau convenablement, de façon à conserver les ressources. C'est pourquoi la maîtrise de ce « petit cycle de l'eau » devient si importante dans le contexte où le grand cycle est lui-même menacé. Au Brésil, il s'agit d'un défi majeur puisque non seulement la collecte des eaux usées (égouts) dessert seulement deux tiers de la population, mais du total des eaux usées collectées environ 30 % sont rejetés dans la nature sans aucun traitement, constituant une des principales formes de pollution des sources<sup>56</sup>. Malgré les avancements apportés par la loi d'assainissement de 2007, sa mise en œuvre fait l'objet d'obstacles notamment liés à la gestion (A), alors même que la législation propose des mesures de conservation et d'intégration avec la politique de ressources hydriques (B).

### A. La politique d'approvisionnement en eau et assainissement au Brésil

La Loi n° 11.445 du 5 janvier 2007 établit les directives nationales pour l'assainissement. Choissant une conception large de l'assainissement (*saneamento básico*), le législateur y a compris les services (1) d'approvisionnement en eau potable, de la captation à la distribution ; (2) de collecte, transport, traitement et évacuation des eaux usées (*esgotamento sanitário*) ; (3) de nettoyage urbain et de gestion des déchets solides ; (4) de gestion des eaux des pluies (art. 3, I). Tous ont plus ou moins d'importance pour la conservation des ressources hydriques, mais les deux premiers sont plus étroitement liés aux droits à l'eau et à l'assainissement et aux cibles de l'objectif 6 des ODD<sup>57</sup>. La loi est fondée sur quatre piliers : la planification, la transparence, le contrôle et la participation sociale.

Une des controverses alimentées par la loi de 2007 concerne la compétence pour la mise en œuvre de ces services. La question se posait car la Constitution de 1988 a expressément attribué la compétence de la « promotion d'améliorations des conditions d'assainissement » à la fois à l'Union, aux États fédérés et aux municipalités (art. 23, IV de la Constitution). Néanmoins, la Constitution ne désigne pas clairement la titularité de ces services, en même temps qu'elle stipule que les municipalités sont compétentes pour « organiser, exécuter, directement ou sous régime de concession ou permission, les services publics d'intérêt local [...] » (art. 30, V).

Le doute découlait aussi du fait que selon la politique nationale d'assainissement instaurée à la fin des années 1960 (PLANASA<sup>58</sup>), la compétence pour l'installation des équipements et l'exécution des services d'approvisionnement en eau potable et collecte des eaux usées fut attribuée à des compagnies d'assainissement des États fédérés (*companhias estaduais de saneamento básico*). À la suite des crises économiques des années

<sup>56</sup> L'Agence nationale des eaux (ANA) estime qu'il y a à présent 110.000 km de cours d'eau au Brésil avec un degré élevé de pollution, c'est-à-dire avec une demande biochimique en oxygène (DBO) supérieure à 5 mg/L (BRÉSIL, ANA, 2017, p. 86).

<sup>57</sup> En France, ces services sont compris sous la rubrique « eau et assainissement » (section 2 du chapitre IV du titre II du livre II de la deuxième partie du Code général des collectivités territoriales - CGCT), séparément des services d'ordures et déchets.

<sup>58</sup> Créée par le Décret-Loi n° 949 du 13 octobre 1969.

1980-1990 et au manque d'efficacité des pratiques de gestion, ce système trouva ses limites, surtout en ce qui concerne la collecte des eaux usées. Face à ces difficultés, et dans le contexte du « Programme National de Désétatisation » (institué par la Loi n° 8.031 du 12 avril 1990 et mis à jour par la Loi n° 9.491 du 9 septembre 1997), on songeait à déléguer les services d'assainissement à d'autres acteurs que les compagnies d'assainissement des États fédérés, mais la carence en bases légales empêchât ce transfert, et les États fédérés ont pris en main, tant bien que mal, ces services (IBGE, 2002, pp. 40-41). S'ajoute à cela le fait que les délégations de service public de 30 à 35 ans établies par le PLANASA trouvant leur terme dans le début des années 2000, la question de qui avait la compétence pour mettre en œuvre ses services, les États fédérés ou les municipalités, se posait.

La question intéresse tant la réalisation du droit d'accès à l'eau et à l'assainissement que la conservation des ressources hydriques, puisque la réalité brésilienne témoigne de la difficulté de certaines municipalités, surtout les moins peuplées (*Idem*, p. 42), de prendre en charge un service d'une si grande complexité tel que l'installation des réseaux d'approvisionnement en eau et de collecte des eaux usées en conditions adéquates tant pour la santé publique que pour l'environnement.

La controverse a finalement été résolue par la Cour constitutionnelle (*Supremo Tribunal Federal*) par sa décision du 6 mars 2013 en contrôle concentré de constitutionnalité (action directe d'inconstitutionnalité). La Cour a confirmé sa jurisprudence, établissant que les services d'assainissement (au sens large) relèvent de la compétence des municipalités, exception faite des régions métropolitaines, où la compétence peut être partagée<sup>59</sup>. En effet, la Loi n° 11.445/2007 prévoit la possibilité de « gestion associée » (art. 3, II et art. 14 à 18) entre deux ou plusieurs municipalités et un État fédéré, conformément à l'article 241 de la Constitution<sup>60</sup>. Il s'agit d'une considérable décentralisation des compétences par rapport au plan national établi dans les années 1970. Mais dans la pratique, les compagnies publiques d'assainissement des États fédérés (les *companhias estaduais de saneamento básico*) sont encore fortement présentes comme délégataires du service<sup>61</sup>. Il convient de tenir compte des changements proposés par le « Nouveau cadre de l'assainissement » (*Novo marco do saneamento*) – projet de loi n° 4.162 de 2019 approuvé en deuxième lecture par le Sénat fédéral le 24 juin 2020<sup>62</sup> – lequel accorde une plus grande place aux entreprises privées dans le secteur, avec une exigence de libre concurrence concernant les contrats avec les entités fédératives (États fédérés et municipalités) avec pour but d'apporter plus d'efficacité aux services<sup>63</sup>. Ainsi, les contrats

<sup>59</sup> STF, ADI n° 1842-RJ, Rel. Min. Luiz Fux, décision en session plénière du 6 mars 2013.

<sup>60</sup> Selon texte donné par l'Amendement à la Constitution (*Emenda Constitucional*) n° 19 du 4 juin 1998.

<sup>61</sup> 94 % des services d'assainissement (eaux et égouts) est assurée par des compagnies publiques des États fédérés. Comparativement, en France, la compétence en matière de distribution d'eau potable et d'assainissement des eaux usées est détenue par les communes. CGCT, art. L. 2224-7 et L. 2224-8-I. Les communes ont la faculté de transférer ces compétences à la communauté de communes ou à une communauté d'agglomération (arts. L. 5214-16-II et L. 5216-5-II). Dans le cas des communautés urbaines et des métropoles, les compétences en matière d'eau et d'assainissement des eaux usées est exercée de plein droit par celles-ci (arts. L. 5215-20-I-5° et L. 5217-2-I-5°).

<sup>62</sup> Le nouveau cadre de l'assainissement est issu d'une ordonnance (*medida provisória*, norme issue du pouvoir exécutif conformément à l'art. 62 quelque peu comparable aux ordonnances prévues dans l'art. 38 de la Constitution française de 1958) adoptée le 6 juillet 2018 (MP n° 844) et renouvelée par la MP n° 868 du 27 décembre 2018, toutes les deux devenant caduques sans avoir été ratifiées par le législateur. Le projet de loi n° 4.162/2019 voté le 24 juin 2020 par le Sénat attend la sanction présidentielle et publication pour l'entrée en vigueur.

<sup>63</sup> Avec modifications apportées à l'art. 4°-A, § 3°, II de la loi n° 9.984, 17 juillet 2000.

avec les compagnies étatiques ne pourront être reconduits sans un marché public ouvert à la participation de l'initiative privée, avec preuve de capacité économique et financière.

La loi de 2007 a été adoptée dans un contexte bien différent de celui du PLANASA des années 1970. Elle intègre des valeurs prônées par le programme Action 21 et par les Objectifs du millénaire pour le développement et définit des principes fondamentaux (art. 2) pour les services d'assainissement parmi lesquels on trouve l'universalisation de l'accès, la protection de l'environnement, la transparence des actions basée sur la mise en place de systèmes d'information, le contrôle social, avec des processus de prise de décision participatifs, et l'adoption de mesures pour encourager une consommation modérée de l'eau<sup>64</sup>.

Comme la loi n° 9.433/1997 sur les ressources hydriques, la loi n°11.445/2007 prévoit l'adoption d'une planification pour la mise en œuvre des politiques d'assainissement. Cette planification doit se faire tant à l'échelle nationale, sous la coordination du Ministère des Villes (art. 52, I), qu'à l'échelle municipale (art. 9, I et art. 19). Les plans municipaux doivent respecter le contenu minimal prévu par la loi (art. 19) et être compatibles avec les plans de bassins hydrographiques où se trouve le territoire de la municipalité (art. 19, § 3º). Ils doivent couvrir les quatre services d'assainissement compris dans la loi de 2007 et être révisés tous les quatre ans (art. 19, § 4º). Au niveau national, le Plan national d'assainissement (PLANSAB) a été adopté en 2013 (Brésil, Ministério das Cidades, Secretaria Nacional de Saneamento Ambiental, 2013). Toutefois, au niveau des municipalités, seulement 30,4 % ont adopté un plan municipal (Brésil, Ministério das Cidades, Secretaria Nacional de Saneamento Ambiental, 2017)<sup>65</sup>. Pourtant, le décret n° 7.212 du 21 juin 2010, qui réglemente la loi n° 11.445/2007, conditionne l'accès à des sources fédérales de financement pour des services d'assainissement à l'adoption de plans municipaux. Le délai initialement établi était le 31 décembre 2013 (§ 2º de l'art. 26), mais au regard de l'état d'avancement quant à l'adoption des plans par les municipalités, deux autres décrets ont successivement changé ce délai, d'abord pour le 31 décembre 2015 et finalement pour le 31 décembre 2017<sup>66</sup>. L'adoption d'un plan est aussi une condition pour la délégation des services d'assainissement (au sens large) à une entité qui n'intègre pas l'administration municipale, y compris aux compagnies d'assainissement des États fédérés par exemple (art. 11, I, combiné avec l'art. 10 de la loi n° 11.445/2007).

Également exigeante pour les municipalités, la mise en œuvre d'un système de régulation est prévue par la loi de 2007. Les municipalités doivent effectuer le contrôle des services ou déléguer cette tâche à une entité de régulation (art. 9, II) qui adoptera des normes concernant les aspects techniques, économiques et sociaux de la prestation des services, respectant au minimum les critères prévus par la loi (art. 23). Dans plusieurs municipalités – notamment dans les petites et moyennes – la régulation est déléguée à une agence de régulation fonctionnant à l'échelle de l'état fédéré où se trouve

<sup>64</sup> Ce dernier principe fut inclus par la Loi n° 12.862 du 17 septembre 2013, dans le contexte de crise hydrique vécu notamment dans la région Sudeste.

<sup>65</sup> Il s'agit d'une estimative basée sur 70 % de l'univers des 5.570 municipalités, puisque 30 % des municipalités n'ont pas répondu à l'enquête. L'enquête estime que 38 % des municipalités ont des plans en cours d'élaboration.

<sup>66</sup> Décret n° 8.211 du 21 mars 2014 et Décret n° 8.629 du 30 décembre 2015 respectivement.

la municipalité, conformément à ce que dispose le paragraphe 3<sup>o</sup> de l'article 23. En effet, en 2014 il y avait 50 agences de régulation des services d'assainissement, 23 ayant une portée au niveau des états fédérés, 24 étant des agences municipales, et 3 des agences intermunicipales. Ces agences de régulation couvraient en 2014 un total de 2.746 municipalités (ABAR, 2015), soit moins de la moitié du total des municipalités brésiliennes<sup>67</sup>.

La régulation doit observer les dispositions de la loi n<sup>o</sup> 11.445/2007 (art. 21 à 27), assurant la transparence et l'accès des usagers aux informations (art. 26 et 27). Cette obligation va de pair avec l'exigence pour les municipalités d'établir un système d'information sur les services (art. 9, VI), lequel doit être intégré au Système national d'informations sur l'assainissement (SINASA).

Au-delà de l'obligation de transparence, la loi de 2007 stipule que des mécanismes de participation et de contrôle social doivent être mis en place. La participation des communautés, mouvements sociaux et entités de la société civile est une exigence pour l'élaboration du plan municipal (art. 26 du décret n<sup>o</sup> 7.217/2010). Pour ce qui concerne le suivi des services, des normes sur la participation doivent être précisées par les règlements adoptés par les entités chargées de la régulation (art. 23, X de la loi de 2007). Quant à la mise en œuvre des services, la loi ne fait que suggérer la participation d'organes représentatifs à caractère consultatif (art. 47) et le décret 7.217/2010 confirme ce choix (art. 34). D'un autre côté, la législation conditionne l'accès à des sources de financement fédérales à l'institution de mécanismes de contrôle social basés sur la participation d'un organe représentatif, tant pour la planification que pour l'évaluation de la mise en œuvre des services (§ 6<sup>o</sup> de l'art. 34 du décret de 2010). L'existence de mécanismes de contrôle social est aussi condition de validité des contrats de délégation de service public d'assainissement (art. 39, VI du décret).

Les obligations de transparence et de participation prévues par la politique nationale d'assainissement sont en cohérence avec ce que recommandent les organes internationaux de protection des droits de l'homme concernant le droit à l'eau. Pour le Comité des droits économiques, sociaux et culturels, l'accessibilité de l'information constitue un élément du droit à l'eau et s'impose aux États dans le cadre de l'« obligation de mettre en œuvre » ce droit fondamental<sup>68</sup>. L'ancienne rapporteuse spéciale pour le droit à l'eau et à l'assainissement de l'ONU souligne que la participation effective de la population concernée dans les processus de prise de décision est un des critères du droit à l'eau<sup>69</sup>. Ainsi, l'appui et le renforcement de la participation de la population à l'amélioration de la gestion de l'eau et de l'assainissement a fait l'objet de la cible 6b, dans l'objectif 6 des ODD<sup>70</sup>. De même, l'Assemblée générale de l'ONU a intégré ces critères dans sa résolution 70/169 du 17 décembre 2015 sur les droits à l'eau et à l'assainissement<sup>71</sup>.

---

<sup>67</sup> Avec les changements apportés par le projet de loi adopté au Sénat le 24 juin 2020 (*Novo marco do saneamento*, l'ANA devient compétente pour réglementer et contrôler les services d'assainissement. Voir art. 3<sup>o</sup> du projet de loi adopté.

<sup>68</sup> NATIONS UNIES, *Observation générale n<sup>o</sup> 15*, document E/C.12/2002/11, *op. cit.*, § 12, c, iv ; § 25 et § 48.

<sup>69</sup> NATIONS UNIES, Conseil des droits de l'homme, document A/HRC/24/24, du 11 juillet 2013, § 48 et § 76.

<sup>70</sup> NATIONS UNIES, document A/RES/70/1 du 25 septembre 2015, *op. cit.* § 62.

<sup>71</sup> NATIONS UNIES, document A/RES/70/169 du 15 décembre 2015, *op. cit.*, § 5, h.

Ces obligations procédurales prennent une part importante dans la réalisation des obligations substantielles liées à l'assainissement et à des droits fondamentaux connexes comme le droit à la santé et à un niveau de vie suffisant et le droit à un environnement sain<sup>72</sup>. Leur présence dans la politique d'assainissement adoptée par le Brésil témoigne de l'avancée de la législation. Mais la réalité montre que sa mise en pratique n'est pas encore effective dans la majorité du pays (Brésil, 2013, p. 96), tout comme l'universalisation de l'accès prétendue par la loi de 2007 s'avère encore une tâche loin d'être accomplie.

#### B. Mesures pour la conservation des ressources dans le cadre de la politique d'assainissement

Alors que 83,3 % des brésiliens ont accès à l'eau potable, seulement 50,3 % disposent d'installations de collecte des eaux usées, les habitants de zones rurales étant les plus lésés (Brésil, Ministério das Cidades. Secretaria Nacional de Saneamento Ambiental, 2017, p. 24)<sup>73</sup>. Comme pour la gestion des ressources hydriques, on observe des inégalités régionales dans l'accès à ces services, les régions *Norte* et *Nordeste* étant celles dont la couverture des services est la moins avancée.

Le manque de services d'assainissement adéquats contribue à la dégradation des ressources hydriques et insère le pays dans un cercle vicieux, menaçant ainsi l'accès à une eau de qualité. Cela est d'autant plus vrai qu'en 2015, seulement 42,7 % des eaux usées collectées ont été soumises à traitement – 1,2 milliards de litres d'eaux usées non traités ont été jetés directement dans la nature (*Idem*, p. 25). En effet, le Plan national des ressources hydriques (PNRH) avait estimé que le rejet des eaux usées domestiques sans traitement dans la nature constituait le principal problème de qualité des eaux au Brésil<sup>74</sup> et cette menace est vérifiée même dans les sources situées au sein d'unités de conservation localisées dans toutes les régions<sup>75</sup>. À cela s'ajoute le taux élevé de fuite lors de la distribution, de 36,7 %, en vertu de l'insuffisance du réseau (Brésil, Ministério das Cidades. Secretaria Nacional de Saneamento Ambiental, 2017, p. 38).

Les enjeux de conservation des ressources hydriques relèvent à la fois de la politique des ressources hydriques et de la politique nationale d'assainissement, le défi étant de promouvoir leur intégration, notamment face à la décentralisation de la compétence des services d'assainissement au niveau des municipalités. À cet égard, aussi bien la loi des eaux (loi n° 9.433/1997) que la loi sur les services d'assainissement (loi n° 11.445/2007) prévoient l'intégration de la politique des ressources hydriques dans celle des services d'assainissement (art. 31 de la loi des ressources hydriques et art. 2, XII et art. 49, VIII de la loi sur l'assainissement). Certes, l'intégration de ces politiques

---

<sup>72</sup> Arts. 6 (droits sociaux) et 225 (environnement) de la Constitution fédérale. Au niveau des conventions auxquelles le Brésil est partie on cite les arts. 10 et 11 du Protocole de San Salvador et les arts. 11 et 12. Voir aussi HENNEBEL, TIGROUDJA, 2016, p. 1243.

<sup>73</sup> Ces chiffres sont encore plus alarmants lorsqu'en prend en compte la qualité du service. Selon le Plan national d'assainissement, seulement 59,4 % de la population reçoit un approvisionnement adéquat d'eau potable, 33,9 % étant considéré desserte précaire. Pour la collecte des eaux usées, seulement 39,7 % de la population desservie reçoit un service adéquat (Brésil, 2013, p. 28).

<sup>74</sup> BRÉSIL, PNRH, vol. 1, *op. cit.*, p. 185 et p. 228.

<sup>75</sup> IBGE, 2011, *Atlas de saneamento 2011*, Rio de Janeiro, p. 116.

constitue un défi, d'autant plus que la loi d'assainissement elle-même stipule que les ressources hydriques n'intègrent pas les services d'assainissement (art. 4)<sup>76</sup>.

En tout cas, on peut dégager de la politique nationale d'assainissement quelques mécanismes ayant pour vocation la conservation des ressources hydriques. Il faut souligner que parmi les objectifs de la politique nationale d'assainissement exprimés par la loi de 2007, on trouve celui de réduire les impacts environnementaux relatifs aux services d'assainissement et d'encadrer ces activités par les normes de protection de l'environnement, de santé et d'utilisation et occupation du sol (art. 49, X). Les mesures de conservation plus directes pouvant être adoptées par la politique d'assainissement (au sens large) ont pour objectif de permettre à toute la population d'accéder aux services. La desserte adéquate des services comme la collecte des eaux usées et même les autres services compris dans la notion large d'assainissement (*saneamento básico*) au Brésil est la forme la plus directe d'assurer la protection des ressources hydriques. Cependant, il se peut que les volontés politiques ne soient pas au rendez-vous, comme il ne pas rare de le constater, et des mécanismes additionnels pour encadrer l'activité ou pour encourager sa mise en œuvre sont alors nécessaires.

Un de ces mécanismes consiste à exiger un permis environnemental pour les unités de traitement des eaux usées (art. 44). L'autorité compétente pour l'octroi de permis sera normalement l'organe environnemental des municipalités ou, dans le cas où la municipalité ne dispose pas d'un tel organe, de l'organe environnemental de l'état fédéré où se trouve la municipalité (art. 15 de la loi complémentaire n° 140 du 8 décembre 2011). Cette obligation a pour conséquence la possibilité d'appliquer des sanctions administratives vis-à-vis des responsables des installations (art. 10 de la loi n° 6.938 du 31 août 1981 et § 3° de l'art. 225 de la Constitution). L'absence de permis environnemental, dès lors qu'il s'agit d'un acte intentionnel, peut aller jusqu'à engager la responsabilité pénale des responsables, conformément à l'article 60 de la loi n° 9.605 du 12 février 1998 sur les crimes environnementaux.

La loi de l'assainissement détermine que tous les bâtiments urbains doivent être raccordés aux réseaux publics d'approvisionnement en eau potable et de collecte des eaux usées, les redevances et les frais de connexion et de l'utilisation de ces services étant applicables. Il s'agit là d'une mesure pour contrôler la qualité de l'eau desservie<sup>77</sup> et notamment pour faciliter le contrôle des effluents. Dans les cas où les réseaux publics ne sont pas disponibles, des solutions individuelles (ou « non collectives ») seront admises, mais elles doivent observer des paramètres édités par l'entité de régulation ou par les organes environnementaux compétents (§ 1° de l'art. 45)<sup>78</sup>. Au niveau national, des conditions et des paramètres pour le rejet des eaux usées sont établis par les

---

<sup>76</sup> En France cette dissociation entre le grand cycle (ressources hydriques en général) de l'eau et du petit cycle de l'eau (eau et collecte des eaux usées) est aussi observée, l'article L. 214-14 du Code de l'environnement renvoyant au CGCT et au Code de la santé publique.

<sup>77</sup> L'eau desservie doit observer les paramètres de potabilité définis par l'arrêté n° 2.914 du 12 décembre 2011, du Ministère de la Santé. Le paragraphe unique de l'art. 12 de cette norme interdit, dès lors qu'il y a un réseau disponible, que l'autorité municipale chargée de la santé publique autorise l'approvisionnement en eau potable à travers de solutions alternatives collectives, sauf en cas d'urgence ou d'intermittence du service.

<sup>78</sup> On trouve des obligations similaires en droit français, tout bâtiment devant être raccordé à un réseau ou équipé d'un dispositif de traitement des rejets (art. L. 1331-1 et s. du Code de la santé publique et art. R. 111-8 du Code de l'urbanisme).

résolutions n° 357 du 17 mars 2005 et n° 430 du 13 mai 2011 du Conseil national de l'environnement (CONAMA).

En ce qui concerne la politique de prix et tarifs pour les services, la loi de 2007 établit des directives qui incluent le découragement de la surconsommation des ressources hydriques et la possibilité de recevoir des subsides pour les usagers n'ayant pas les moyens financiers pour couvrir intégralement les coûts du service (art. 29, IV et § 2°). En revanche, la loi permet l'établissement de mécanismes tarifaires de contingence, dans le cas de situations critiques de pénurie d'eau (art. 46) ; le tarif de contingence est appliqué de préférence aux usagers qui dépassent les limites définies par le régime de rationnement, fonctionnant comme un principe « gaspilleur-payeur » (paragraphe unique de l'art. 21 du décret n° 7.217/2010), adapté du principe du « pollueur-payeur »..

Du côté des incitations à l'investissement dans le secteur, un « Régime spécial d'incitation fiscale pour le développement de l'assainissement » (REISB) a été institué par la loi n° 13.329 du 1<sup>er</sup> août 2016<sup>79</sup>, ayant pour but d'encourager l'augmentation du volume d'investissements dans le secteur d'assainissement (au sens large) par le biais de la renonciation aux prélèvements fiscaux à l'horizon 2026. Or, le Plan national d'assainissement à l'horizon 2033 avait estimé un volume de 304 milliards de reais (approximativement 81 milliards d'euros) pour les secteurs de l'eau et de collecte des eaux usées, dans le but d'atteindre 92 % des domiciles du pays (zones urbaines et rurales) desservis par le réseau de collecte des eaux usées (Brésil, 2013, p. 132 et 121 respectivement)<sup>80</sup>. Les bénéficiaires du REISB seront les personnes juridiques, publiques ou privées, qui réalisent des investissements dans la durabilité et dans l'efficacité des systèmes d'assainissement, sous les conditions suivantes : (I) l'aboutissement des objectifs d'universalisation de l'approvisionnement en eau potable et la collecte et traitement des eaux usées ; (II) la préservation des zones de ressources hydriques et des unités de conservation nécessaires à la protection des conditions naturelles et de production de l'eau ; (III) la réduction des pertes en eau et l'augmentation de l'efficacité des systèmes d'approvisionnement et de collecte et traitement des eaux usées ; (IV) l'innovation technologique (art. 54-B de la loi n° 11.445/2007, créé par la Loi n° 13.329/2016). La rédaction des conditions pour l'octroi des bénéfices manquant de précision, l'Administration devra établir des critères plus clairs par réglementation. De toute façon il s'agit d'un mécanisme qui met l'accent sur les aspects environnementaux de l'assainissement, pouvant avoir un impact positif pour la conservation des ressources hydriques, mais pour qu'il soit efficace, il importe de le réglementer dans les plus brefs délais puisque son échéance est prévue pour 2026.

Pour revenir à la question de l'intégration entre la politique des ressources hydriques et celle des services d'assainissement, un des défis pour la conservation revient au fait que la planification de la première prend comme assise territoriale le bassin

<sup>79</sup> Cette loi inclue les articles 54-A et 54-B dans la Loi n° 11.445/2007. L'article 54-C a fait l'objet du veto présidentiel pour des raisons de cohérence législative avec la Loi de responsabilité fiscale et la Loi de directives budgétaires alors en vigueur.

<sup>80</sup> Le nouveau cadre de l'assainissement, adopté par le Sénat le 24 juin 2020 (Projet de loi n° 4162/2019 (*op. cit.*)), pousse cette exigence, ajoutant à la loi 11.445/2007 un article 11-B, obligeant à que les contrats de services d'eau et d'assainissement (nouveaux et en cours) prévoient expressément des cibles d'universalisation qui assurent 99 % d'approvisionnement en eau potable et 90 % en couverture de la population disposant de collecte et traitement des eaux usées pour le 31 décembre 2033.

hydrographique, et les services qui en découlent relèvent de la compétence des États fédérés ou de l'*União* (dans le cas des bassins localisés sur le territoire de plus qu'un État fédéré). La politique d'assainissement est décentralisée au niveau des municipalités et fondée sur un modèle de gestion par lequel ces unités fédératives doivent adopter un plan local d'assainissement, restreint donc aux limites administratives des municipalités, même si ce plan doit être compatible avec les plans de ressources hydriques du bassin où il se trouve (§ 3<sup>o</sup> de l'art. 19 de la loi n<sup>o</sup> 11.445/2007).

La différence d'échelle territoriale et de compétences constitue un défi pour l'intégration effective de ces politiques, néanmoins on peut citer un instrument qui les relie, à savoir l'octroi de droits d'usage, prévu par la loi des eaux de 1997. La loi n<sup>o</sup> 11.445/2007 prévoit que l'utilisation des ressources hydriques par les services d'assainissement peut faire l'objet d'un octroi de droits d'usage (*outorga*) (paragraphe unique de l'art. 4), que le prestataire du service doit obtenir. L'octroi permet un meilleur contrôle des usages des eaux et est une condition pour l'application d'un autre instrument de la politique de ressources hydriques, la tarification (*cobrança*), qui constitue un instrument économique ayant pour but d'encourager la conservation et la récupération des ressources en eau<sup>81</sup> et à travers lequel des mesures pour éviter le gaspillage (gaspilleur-payeur) ou prévenir la pollution (polluer-payeur) peuvent être mises en place.

Par ailleurs, des efforts institutionnels récents essaient de surmonter les défis d'intégration entre les deux politiques. On peut citer la création du Programme de développement du secteur de l'eau, INTERAGUAS, fondé sur la nécessité de mieux coordonner les actions dans le secteur à travers le rapprochement des entités concernées dans la politique des ressources hydriques avec celles de la politique d'assainissement, notamment les organes du Ministère de l'environnement (SRHU et ANA), du Ministère de l'intégration nationale (SIH, SEDEC et SENIR) et du Ministère des villes (SNSA)<sup>82</sup>. On peut également citer le Programme de dépollution des bassins hydrographiques (PRODES), créé par l'ANA en 2001<sup>83</sup>, qui a pour but d'encourager l'installation et l'efficacité d'unités de traitement d'eaux usées. Mais au lieu de financer l'installation des unités, le PRODES institue un système de paiement aux opérateurs par volume d'eaux usées traitées en respectant les paramètres qualitatifs et indicateurs de performance imposés. Les opérateurs sont d'abord sélectionnés et un contrat de paiement par eaux usées traitées (*contrato de pagamento pelo esgoto tratado*) est célébré avec l'ANA<sup>84</sup>. Le Plan national d'assainissement adopté en 2013 inclut parmi ses objectifs celui de collaborer avec l'ANA dans le cadre du programme de dépollution de bassins (Brésil, 2013, p. 146, objectif n<sup>o</sup> 45).

Il est indéniable que les défis relevant du grand cycle de l'eau pour la conservation des ressources hydriques doivent être mis en relation avec ceux du petit cycle de l'eau et les défis d'accès à l'eau potable et à l'assainissement. Le Brésil étant une puissance hydrique à l'échelle globale, les avancés qu'il puisse témoigner dans ce domaine

---

<sup>81</sup> Autres objectifs sont spécifiés dans l'art. 2 de la Résolution n<sup>o</sup> 48 du 21 mars 2005 du CNRH, laquelle établit les critères généraux pour la tarification (*cobrança*).

<sup>82</sup> Pour plus de détails voir le site du programme sur : <http://interaguas.ana.gov.br> [consulté le 25 octobre 2017].

<sup>83</sup> Par sa Résolution n<sup>o</sup> 6 du 20 mars 2001.

<sup>84</sup> Pour savoir plus sur le PRODES, voir le site du programme : <http://www.ana.gov.br/prodes> [consulté le 25 octobre 2017].

pourraient inspirer autres pays. À cet effet, la transparence et la participation vis-à-vis dans la conception et exécution des actions sont plus que souhaitables afin d'assurer un contrôle qui associe la société civile aux agences publiques, notamment lorsque le nouveau cadre de l'assainissement prévoit une participation accrue des acteurs privés dans le secteur.

## BIBLIOGRAPHIE

Associação Brasileira de Agências Reguladoras (ABAR), *Saneamento básico : regulação 2015*, Brasília, Elite, 2015.

Brésil, ANA, *Atlas geográfico de recursos hídricos do Brasil*, Brasília, 2013.

Brésil, ANA, *Conjuntura dos recursos hídricos no Brasil*, Brasília, 2016.

Brésil, ANA, *Atlas Esgoto : Despoluição de bacias hidrográficas*, Brasília, 2017.

Brésil, Ministério das Cidades, Secretaria Nacional de Saneamento Ambiental, *Panorama dos planos municipais de saneamento básico no Brasil*, Brasília, 2017.

Brésil, Ministério das Cidades, Secretaria Nacional de Saneamento Ambiental, *Plano nacional de saneamento básico – PLANSAB*, Brasília, 2013.

Brésil, Ministério das Cidades. Secretaria Nacional de Saneamento Ambiental, 2017, *Diagnóstico dos Serviços de Água e Esgotos - 2015*, Sistema Nacional de Informação sobre Saneamento (SNIS), Brasília.

Brésil, Ministério do Meio Ambiente/Secretaria de Recursos Hídricos, 2006a, *Plano Nacional de Recursos Hídricos : Panorama e estado dos recursos hídricos do Brasil*, vol. 1, Brasília.

Brésil, Ministério do Meio Ambiente/Secretaria de Recursos Hídricos, 2006b, *Plano Nacional de Recursos Hídricos : Diretrizes*, vol. 3, Brasília.

Brésil, Ministério do Meio Ambiente/Secretaria de Recursos Hídricos, 2006c, *Plano Nacional de Recursos Hídricos : Programas nacionais e metas*, vol. 4, Brasília.

Brésil, Ministério do Meio Ambiente/Secretaria de Recursos Hídricos/Agência Nacional de Águas, 2011, *Plano nacional de recursos hídricos : prioridades 2012-2015*, Brasília.

F. Castelo Branco Araújo, « O condicionamento da utilização de recursos hídricos em favor do desenvolvimento sustentável como decorrência do princípio da função social da propriedade », in G. Oliveira Morais, W. Paiva Marques Junior, A. J. Maia Melo (dir.), *As Águas na UNSAUL na Rio + 20 : Direito fundamental à água e ao saneamento básico, sustentabilidade, integração da América do Sul, novo constitucionalismo latino-americano e sistema brasileiro*, Curitiba, CRV, 2013, pp. 113-129.

E. Corcoran, C. Nellemann, E. Baker, R. Bos, D. Osborn, H. Savelli (dir.), *Sick Water? The central role of wastewater management in sustainable development. A Rapid Response Assessment*, UNEP/UNHABITAT, 2010.

GIEC (Groupe intergouvernemental d'experts sur l'évolution du climat), *Changements climatiques 2014 : Incidences, adaptation et vulnérabilité*, Contribution du Groupe de Travail II au cinquième Rapport d'évaluation du GIEC, 2014, partie A, chapitre 3.

V. Guidotti, F. L. M. Freitas, G. Sparovek, L. F. Guedes Pinto, C. Hamamura, T. Carvalho, F. Cerignoni, « Números detalhados do novo código florestal e suas implicações para os PRAs », *Sustentabilidade em debate*, n° 5, Piracicaba, Imaflora, 2017.

L. Hennebel, H. Tigroudja, *Traité de droit international des Droits de l'homme*, Paris, Pedone, 2016.

- IBGE, *Pesquisa Nacional de Saneamento Básico 2000*, Rio de Janeiro, 2002.
- IBGE, *Atlas de saneamento 2011*, Rio de Janeiro, 2011.
- V. Kotwicki, « Water balance of Earth », *Hydrological Sciences Journal*, 54, 5, 2009, pp. 829-840.
- A. M. Makarieva, V. G. Gorshkov, D. Sheil, A. D. Nobre, B.-L. Li, 2014, « Why does air passage over forest yield more rain? Examining the coupling between rainfall, pressure and atmospheric moisture content », *Journal of Hydrometeorology*, v. 15, n. 1, 2014, pp. 411-26.
- J. A. Marengo, « On the hydrological cycle of the Amazon basin: A historical review and current state-of-the-art », *Revista Brasileira de Meteorologia*, n. 21, 2006, pp. 1-19.
- G. H. Merten, J. P. Minella, « Qualidade da água em bacias hidrográficas rurais: um desafio atual para a sobrevivência futura », *Agroecologia e Desenvolvimento Rural Sustentável*, Porto Alegre, v.3, n.4, out/dez 2002, pp. 33-38.
- Nations Unies, *Plan d'action de Mar del Plata*, document, E.77.II.A.12, 25 mars 1977.
- Nations Unies, *Action 21*, document A/CONF.151/26/Rev.1, vol. I, annexe II, du 14 juin 1992.
- Nations Unies, *Déclaration du Millénaire*, document A/RES/55/2, du 8 septembre 2000.
- Nations Unies, Comité des droits économiques sociaux et culturels, *Observation générale n° 15*, document E/C.12/2002/11, « Le droit à l'eau », publié le 20 janvier 2003.
- Nations Unies, 2008, CDH, Résolution 7/22 du 28 mars 2008.
- Nations Unies, 2009, Rapport de la rapporteuse spéciale pour le droit à l'eau et à l'assainissement, document A/HRC/12/24 du 1<sup>er</sup> juillet 2009.
- Nations Unies, AGNU, Résolution 65/153 du 20 décembre 2010.
- Nations Unies, *L'avenir que nous voulons*, document final de la Conférence des Nations Unies sur le développement durable, du 20 au 22 juin 2012, document A/RES/66/288, annexe.
- Nations Unies, *Transformer notre monde : programme de développement durable à l'horizon 2030*, document A/RES/70/1 du 25 septembre 2015.
- Nations Unies, Conseil des droits de l'homme, document A/HRC/24/24, du 11 juillet 2013.
- A. D. Nobre, *The future climate of Amazonia: scientific assessment report*, São José dos Campos, ARA, CCST/INPE, INPA, 2014, disponible sur : [http://www.ccst.inpe.br/wp-content/uploads/2014/11/The\\_Future\\_Climate\\_of\\_Amazonia\\_Report.pdf](http://www.ccst.inpe.br/wp-content/uploads/2014/11/The_Future_Climate_of_Amazonia_Report.pdf) [consulté le 25 octobre 2017].
- ONU-Eau, 2017, *Les eaux usées : une ressource inexploitée*, Rapport mondial des Nations Unies sur la mise en valeur des ressources en eau 2017, Paris, Unesco.
- F. Wittmann, D. Anhuf, W. J. Junk, « Tree species distribution and community structure of central Amazonian várzea forests by remote-sensing techniques », *Journal of Tropical Ecology*, 18, 2002, pp. 805-820.



# LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA DEL DERECHO DE PARTICIPACIÓN PÚBLICA: LA CONTRIBUCIÓN DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA

*Carmen Plaza Martín<sup>1</sup>*

## RESUMEN

Las siguientes páginas analizan recientes avances que están teniendo lugar en la Unión Europea en relación con el derecho de participación pública en materia de medio ambiente. Examinan, en particular, en qué medida la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea está reforzando la eficacia de las disposiciones sobre participación de la Directiva de Evaluación de Impacto Ambiental y del Convenio de Aarhus.

**PALAVRAS-CHAVE:** Medio ambiente. Participación pública. Convenio de Aarhus. Directiva de evaluación de impacto ambiental. Autonomía procedimental nacional: principios de equivalencia y eficacia.

## ABSTRACT

This paper gives account of the main novelties taking place in European Unión with regard to the right of participation on environmental matters. It examines in particular how the European Unión Court of Justice is strengthening the enforcement of the Environmental Assessment Directive provisions on public participation and of the Aarhus Convention.

**KEYWORDS:** Environment. Public participation. Aarhus Convention. Environmental Impact Assessment Directive. National procedural autonomy: principles of equivalence and autonomy.

## 1 INTRODUCCION

Los últimos informes publicados en 2019, tanto por el Programa para el Medio Ambiente de Naciones Unidas como por instituciones de la Unión Europea, ponen de manifiesto que, pese al notable incremento de normativa ambiental de las últimas décadas, su eficaz aplicación sigue siendo uno de los principales retos pendientes en la lucha contra el deterioro ambiental al que nos enfrentamos. En este contexto, la participación real y efectiva del público en la toma de decisiones que afectan al medio ambiente, en línea con el Principio 10 de Río, sigue presentándose como un instrumento esencial para progresar hacia un “estado de derecho ambiental”.

En el ámbito de la Unión Europea, en los últimos años van a resultar especialmente relevantes los pronunciamientos del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) precisando el alcance y los efectos de las disposiciones sobre participación

---

<sup>1</sup> Letrada del Tribunal Constitucional Profesora Titular Derecho Administrativo y de la Unión Europea, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de Toledo, Universidad de Castilla-La Mancha.

pública del Convenio de Aarhus, del que es parte la Unión, así como de las disposiciones de directivas conexas (como la Directiva de Evaluación de Impacto Ambiental).

En este trabajo se analiza la contribución del TJUE, vía pretoriana, a la efectiva aplicación de estas disposiciones, tomando en cuenta la decisiva contribución que el Tribunal ha hecho siempre en aras de la eficacia del Derecho de la Unión, en general, y del Derecho ambiental, en particular.

Examinaré, en primer lugar, los principales pronunciamientos acaecidos en esta materia desde que la Unión Europea se adhirió al Convenio sobre el acceso a la información, la participación del público en la toma de decisiones y el acceso a la justicia en materia de medio ambiente (firmado en Aarhus en 2005), para después analizar el estado de la cuestión tras los más recientes pronunciamientos dirigidos a reforzar la aplicación por los tribunales nacionales de estas disposiciones del Derecho de la Unión, y delimitar en algunos puntos la autonomía procedimental de la que gozan los Estados miembros en la articulación de las vías de participación pública.

## 2 LA PARTICIPACIÓN EN EL “ESTADO DE DERECHO AMBIENTAL”: UN RETO PERMANENTE

El Programa para el Medio Ambiente de Naciones Unidas (PNUMA) publicó en 2019 su *Estado de Derecho Ambiental: Primer informe global*<sup>2</sup>. En este examen sobre la evolución de la adopción y aplicación del moderno Derecho ambiental en todo el planeta se pone de relieve algo bien conocido desde hace décadas: que pese al exponencial incremento de normas que se ha producido a nivel mundial, especialmente desde la Cumbre de Río de 1992, las notables carencias en su aplicación efectiva son el talón de Aquiles de esta rama del Derecho. El informe del PNUMA destaca así que el volumen de leyes ambientales a escala planetaria se ha multiplicado por 38 desde 1972, pero que la incapacidad de aplicar y hacer cumplir plenamente la regulación adoptada a nivel mundial, nacional y regional es uno de los mayores desafíos para luchar contra el cambio climático, reducir la contaminación o detener la pérdida generalizada de especies y hábitats. Un problema que ya en 1987 se plantea la Comunidad Económica Europea en su Cuarto Programa de Acción de Medio Ambiente 1987-1992, en el que identifica como uno de sus retos el de garantizar “la efectiva implementación de la legislación ambiental comunitaria por todos los Estados miembros”<sup>3</sup>.

Entre las recomendaciones que se proponen en este Primer informe global del PNUMA con el fin de reforzar la aplicación del Derecho ambiental, o lo que denomina el “estado de derecho ambiental”, sobresale otra de las ideas en las que también se lleva insistiendo varias décadas: que uno de los instrumentos esenciales para avanzar hacia un Derecho ambiental más eficaz es garantizar y reforzar la participación de la población en las decisiones que afectan el medio ambiente, en línea con el Principio 10 de la Declaración de Río de 1992<sup>4</sup>.

<sup>2</sup> UNEP, *Environmental Rule of Law: First Global Report*, 2019, <http://hdl.handle.net/20.500.11822/27279>, visitado por última vez el 1 de junio de 2020.

<sup>3</sup> Resolución del Consejo de las Comunidades Europeas y de los representantes de los Gobiernos de los Estados miembros reunidos en el seno del Consejo, de 19 de octubre de 1987, relativa a la continuación y aplicación de una política y de un programa de acción de las Comunidades Europeas en materia de medio ambiente (1987-1992), Diario Oficial de las Comunidades Europeas, Serie C 328/1, de 7.12.1987, apartado 2.2, pág. 8.

<sup>4</sup> *Ibid.*, págs. xxvi-xvii.

Un principio cuya implementación se introdujo en la política ambiental de la Comunidad Económica Europea una década antes de la Declaración de Río, con el Tercer Programa comunitario de medio ambiente 1982-1986<sup>5</sup>, en cuyo marco se adoptan las primeras disposiciones sobre participación pública con la Directiva 85/337/CEE de Evaluación de Impacto Ambiental. A nivel internacional, la Unión se adhirió en 2005 al Convenio sobre el acceso a la información, la participación del público en la toma de decisiones y el acceso a la justicia en materia de medio ambiente (firmado en Aarhus en 1998)<sup>6</sup>. Este instrumento, que establece disposiciones dirigidas a que los signatarios garanticen una participación real y efectiva del público en este ámbito, ha impulsado a su vez la adopción de nuevas normas o a la adopción de otras, tanto en el ámbito del Derecho de la Unión como en los ordenamientos nacionales.

Sin embargo, y pese a la larga trayectoria de esta normativa, la Unión Europea sigue reconociendo hoy día que aún “se necesita asegurar una “efectiva” participación pública en toda Europa”<sup>7</sup>.

Estos informes ponen en evidencia, una vez más, el continuo reto que supone promover y garantizar una participación real y efectiva del público en la toma de decisiones que afectan al medio ambiente, mediante la adopción de disposiciones adecuadas, su debida aplicación y la tutela judicial efectiva de este derecho en defensa del medio ambiente.

En el caso de la Unión Europea, el Tribunal de Justicia (TJUE), en su papel de intérprete supremo del Derecho de la Unión, va a jugar un papel fundamental velando por la interpretación uniforme, en todos los Estados miembros, de las disposiciones adoptadas por la Unión en este ámbito, y de su tutela judicial conforme a los principios que rigen la relación entre el Derecho de la Unión y los Derechos nacionales. En el ejercicio de estas funciones ha dictado en los últimos años varias sentencias que están contribuyendo a precisar el alcance y a reforzar la eficacia de las disposiciones del Convenio de Aarhus y de las Directivas ambientales de la Unión que incluyen disposiciones sobre participación pública.

En las siguientes páginas, tras una sucinta referencia a algunos de los más recientes pronunciamientos del TJUE en este ámbito, como antecedentes necesarios, se da cuenta de la Sentencia del TJUE de 7 de noviembre de 2019 en el asunto C- 280/18, *Alain Flausch y otros*. Una Sentencia que da un paso más en esta dirección, en esta ocasión poniendo el acento en los límites de la autonomía procedimental de los Estados miembros a la hora de articular las vías de participación pública.

<sup>5</sup> Resolución (CECA, EEE, Euratom) sobre la continuación y aplicación de una política europea comunitaria y de un programa de acción en materia de medio ambiente, 1982-1986, Diario Oficial de las Comunidades Europeas, Serie C 46/1 de 17.2.83.

<sup>6</sup> Decisión 2005/370/CE del Consejo de 17 de febrero de 2005 sobre la celebración, en nombre de la Comunidad Europea, del Convenio sobre el acceso a la información, la participación del público en la toma de decisiones y el acceso a la justicia en materia de medio ambiente, Diario Oficial de la Unión Europea L 124/1, de 17.5.2005.

<sup>7</sup> Comunicación de la Comisión, “*European Implementation Review: 2019 A Europe that protect its citizens and enhances their quality of life*”, p. 16. Disponible en [https://ec.europa.eu/environment/eir/pdf/eir\\_2019.pdf](https://ec.europa.eu/environment/eir/pdf/eir_2019.pdf) [visitada por última vez el 30 de junio de 2020].

### 3 LA APLICACIÓN JUDICIAL DE LAS DISPOSICIONES SOBRE PARTICIPACIÓN PÚBLICA

#### 3.1. El punto de partida: los efectos de las disposiciones del Convenio de Aarhus en materia de participación pública

La adhesión de la ahora Unión Europea al Convenio de Aarhus supuso la integración de este instrumento internacional en el Derecho de la Unión, así como la adopción de nuevas Directivas de la entonces Comunidad Europea -y la modificación de algunas ya existentes-, para adecuar el ordenamiento de la Unión a las a las obligaciones asumidas en el marco de este instrumento internacional.

En materia de participación pública, en concreto, fue necesario adoptar nuevas disposiciones para cumplir con las exigencias de participación del público previstas en los arts. 6 (Participación del público en las decisiones relativas a actividades específicas) y 7 (Participación del público en los planes, programas y políticas relativos al medio ambiente) del Convenio, y que eran más precisas o imponía obligaciones iban más allá que las hasta entonces existentes en algunas directivas como las de la Directiva 85/337/CEE de Evaluación de Impacto Ambiental. Finalidad ésta a la que responde la Directiva 2003/35/CE, por la que se establecen medidas para la participación del público en la elaboración de determinados planes y programas relacionados con el medio ambiente, y por la que se modifica, en lo que se refiere a la participación del público y el acceso a la justicia, las Directivas 85/337/CEE del Consejo sobre Evaluación de Impacto Ambiental de determinados proyectos públicos y privados (Directiva EIA) de y la Directiva 96/61/CE del Consejo sobre la Prevención y Control Integrados de la Contaminación (Directiva IPPC).

La intermediación del Derecho de la Unión en la aplicación del Convenio de Aarhus va a tener, además, notables repercusiones en relación con el cumplimiento de estas disposiciones en los Estados miembros.

En primer lugar, porque estos están obligados a adecuar de forma puntual y correcta sus ordenamientos nacionales a estas directivas comunitarias (artículo 288 TFUE), operando en caso contrario los principios de primacía del Derecho de la Unión, de interpretación conforme del Derecho nacional con las directivas y, si se dan los requisitos necesarios, el efecto directo de sus disposiciones o la responsabilidad del Estado por los daños causados por incumplimiento de la Unión<sup>8</sup>.

En segundo lugar, porque su correcta ejecución, tanto formal como práctica –y por tanto el cumplimiento de las obligaciones del Convenio de Aarhus a las que responden-, queda sometida a la supervisión de la Comisión Europea y al control último del TJUE mediante el recurso de incumplimiento regulado en los arts. 258 a 260 del TFUE<sup>9</sup>.

Y, en tercer lugar, pero no menos importante, por el mecanismo de diálogo y cooperación judicial entre los jueces nacionales y el TJUE, que se articula a través de la

---

<sup>8</sup> C. PLAZA, *Derecho Ambiental de la Unión Europea*, Tirant lo Blanch, 2005, pp. 1172 ss.

<sup>9</sup> *Vid.* por ej. las Sentencias del TJUE en los asuntos C-427/07, *Comisión c. Irlanda*, de 16.7.2009; y C-530/11, *Comisión c. Reino Unido*, de 13.2.2014.

cuestión prejudicial regulada en el art. 267 TFUE: a través de las cuestiones sobre la interpretación de la Directiva o del Convenio que plantean los órganos judiciales nacionales, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, como intérprete supremo del Derecho de la Unión, puede garantizar una interpretación uniforme de dichas disposiciones en todos los Estados miembros<sup>10</sup>. Aspecto este último en el que nos centramos a continuación.

En los últimos años el TJUE dictado importantes sentencias sobre el alcance y efectos de las disposiciones del Convenio de Aarhus en materia de participación pública (en sí mismas o en conjunción con las de las Directivas ambientales adoptadas en su ámbito), reforzando notablemente su eficacia.

En la Sentencia de 8 de noviembre de 2016 (asunto C-243/15 *Asociación para la Protección de los Bosques VLK «LZ»*), la Gran Sala declaró que el artículo 6, apartado 1, letra b), del Convenio de Aarhus

*“[...] confiere a las organizaciones de defensa del medio ambiente que, como LZ, cumplen los requisitos establecidos en el artículo 2, apartado 5, de ese Convenio, un derecho a participar [...] en el procedimiento de adopción de una decisión relativa a una solicitud de autorización de un plan o de un proyecto que pueda tener un efecto importante sobre el medio ambiente en la medida en que, en el marco de dicho procedimiento, deba adoptarse alguna de las decisiones a las que se refiere el artículo 6, apartado 3, de dicha Directiva [92/43/CEE del Consejo, relativa a la conservación de los hábitats naturales y de la fauna y flora silvestres]”.*

En este caso, la petición de decisión prejudicial se había presentado por un tribunal eslovaco en el contexto de un litigio entre la organización ambiental “LZ” y una Administración local. La Administración había denegado a dicha organización la condición de parte en el procedimiento de autorización de un proyecto que, por ubicarse en un lugar protegido, tenía que llevarse a cabo conforme a lo establecido en el art. 6.3 de la Directiva 92/43/CEE del Consejo, relativa a la conservación de los hábitats naturales y de la fauna y flora silvestres. Ciertamente el apartado 1.b) del art. 6 del Convenio establece que cada Parte “b) aplicará también las disposiciones del presente artículo, de conformidad con su derecho interno, cuando se trate de adoptar una decisión respecto de actividades propuestas no enumeradas en el anexo I que puedan tener un efecto importante sobre el medio ambiente”. Pero el Tribunal va a matizar el alcance de la remisión “al derecho interno” declarando que

*“[...] esta precisión debe entenderse en el sentido de que se refiere únicamente a las modalidades de participación del público a la que se hace referencia en dicho artículo 6, sin que ello ponga en entredicho el derecho de participación conferido por dicho artículo a una organización de defensa del medio ambiente como LZ”<sup>11</sup>.*

En consecuencia, el art. 6 del Convenio de Aarhus otorga un derecho de participación que, en caso de que el ordenamiento interno de un Estado miembro no lo reconozca en sus debidos términos, puede ser directamente invocado ante las administraciones y los tribunales por los particulares y asociaciones para la protección del medio ambiente que, conforme a lo dispuesto por el art. 2.5 del Convenio, cualifiquen como

<sup>10</sup> C. PLAZA, “La aplicación de las disposiciones del segundo pilar del Convenio de Aarhus en España. Los avances y los viejos retos”, *Revista Catalana de Dret Ambiental*, Vol. 9, Nº 1, pp.13-16

<sup>11</sup> Párr. 47.

“público interesado”. Así, lo ha puesto de manifiesto por el TJUE poco después, en la Sentencia de 20 de diciembre de 2017 (as. C-664/15, *Protect Natur-, Arten- und Landschaftsschutz Umweltorganisation*), para aquellos supuestos en que las autoridades públicas adopten decisiones sobre actividades listadas en el anexo I del Convenio (o que no estando en dicho anexo –como ocurría en este asunto– tengan un efecto importante sobre el medio ambiente en el sentido de su art. 6.1.b). En estos casos

*“[...] podrá afirmarse que, en virtud del artículo 6 del Convenio de Aarhus Protect Natur [la ONG que lo invocaba] es titular de un derecho de participación en el procedimiento administrativo de autorización”<sup>12</sup>.*

Además, conforme a la consolidada doctrina del TJUE, reiterada una vez más en el as. C-665/15 *Protect Natur*, los tribunales nacionales están obligados a interpretar el derecho procesal nacional de conformidad con las disposiciones del Convenio y de las directivas a él vinculadas y que, cuando dicha interpretación conforme no sea posible, deben inaplicar –en virtud del principio de primacía del Derecho de la Unión– las disposiciones nacionales que impiden, de forma contraria al Convenio, el ejercicio de los derechos que reconoce a ciudadanos y ONGs, puesto que

*“[...] sería incompatible con las exigencias inherentes a la propia naturaleza del Derecho de la Unión toda disposición de un ordenamiento jurídico nacional o toda práctica, legislativa, administrativa o judicial, que redujese la eficacia del Derecho de la Unión al negar al juez competente para aplicarlo la facultad de hacer, en el mismo momento de esa aplicación, todo lo necesario para excluir las disposiciones legislativas nacionales que pudiesen constituir un obstáculo a la plena eficacia de las normas de la Unión (véanse, en particular, las sentencias de 9 de marzo de 1978, *Simmmenthal*, 106/77, EU:C:1978:49, apartado 22, y de 5 de abril de 2016, *PFE*, C-689/13, EU:C:2016:199, apartado 41 y jurisprudencia citada)”<sup>13</sup>.*

Con estos pronunciamientos el TJUE ha dado un decidido respaldo a la aplicación y tutela efectiva el art. 6 del Convenio de Aarhus en los Estados miembros.

La Sentencia del TJUE de 7 de noviembre de 2019, que a continuación se examina, supone un nuevo paso en esta dirección, esta vez en relación con las disposiciones sobre participación pública y acceso a la justicia de la Directiva de Evaluación Ambiental, las cuales se han adecuado, a su vez, a las exigencias del art. 6 del Convenio.

### 3.2. La Sentencia del TJUE de 7 de noviembre de 2019 en el asunto C-280/18, *Alain Flausch y otros*: delimitando la autonomía procedimental de los Estados miembros en la articulación de las vías de participación pública

La Sentencia de la Sala Primera del TJUE, dictada el 7 de noviembre de 2019 en el asunto C- 280/18 *Alain Flausch y otros*, va a reforzar, si bien desde otro ángulo, la aplicación de las disposiciones de la Directiva de Evaluación de Impacto Ambiental sobre participación pública, así como de su control judicial. E indirectamente, las disposiciones del Convenio que establecen las exigencias que recogen la Directiva.

Como es sabido, el Convenio de Aarhus y Directivas como la de Evaluación de Impacto ambiental han establecido disposiciones sobre el alcance del derecho de

---

<sup>12</sup> Párr. 66.

<sup>13</sup> Párr. 57.

participación en la toma de decisiones que afectan al medio ambiente, así como principios y requisitos que se deben respetar en el marco de los procesos de participación<sup>14</sup>. Sin embargo, no regulan los procedimientos concretos a través de los que dicha participación deben tener efecto. El asunto C- 280/18 *Alain Flausch y otros* pone de manifiesto, sin embargo, la determinación del TJUE de precisar los límites de la autonomía de la que, en principio, gozan los Estados miembros a la hora de articular los cauces para el ejercicio del derecho a la participación en sus ordenamientos internos, así como el margen de apreciación que tienen en la aplicación de determinadas disposiciones en esta materia.

### *3.2.1 El litigio y el marco normativo de las cuestiones planteadas por el órgano judicial nacional*

La Sentencia responde a una petición de decisión prejudicial elevada al TJUE, con arreglo al artículo 267 TFUE, por el *Symvoulio tis Epikrateias* (Consejo de Estado de Grecia), en el marco de un litigio planteado por tres personas propietarias de bienes inmuebles en la isla griega de Ios (en el archipiélago de las Cícladas) y tres asociaciones ambientales que recurrieron conjuntamente la aprobación por la Administración regional de varios actos autorizando la construcción en dicha isla de un gran complejo turístico (con una extensión de 27 Ha, 18 de ellas ocupadas con edificios y diversas instalaciones e infraestructuras de apoyo). Los recurrentes interpusieron recurso de anulación contra la resolución controvertida una vez había pasado ya plazo establecido en la normativa nacional, alegando en su defensa que no habían tenido conocimiento de dicha resolución hasta que se dieron cuenta de que se estaban realizando las obras en cuestión.

En este caso, en aplicación de la normativa griega sobre evaluación de impacto ambiental, la publicación de la convocatoria para que todas las partes interesadas participaran en la EIA se llevó a cabo en el periódico local de la isla de Siros y en las oficinas de la región del Egeo Meridional (también en la isla de Siros), situada a 55 millas náuticas de Ios. Siros fue también el lugar donde se guardó la documentación de la evaluación de impacto ambiental y donde debía celebrarse la consulta, siendo el transporte entre ambas islas no diario, largo y costoso. La resolución de aprobación del proyecto de creación del complejo turístico se publicó en agosto de 2014 en un portal de anuncios, así como en el sitio de Internet del ministerio de Medio Ambiente. Sin embargo, los recurrentes no interpusieron recurso de nulidad contra la autorización hasta febrero de 2016 -mucho después de haber expirado el plazo de 60 días establecido para interponer dicha acción-, alegando que no tuvieron conocimiento de la autorización hasta enero de 2015, cuando observaron el inicio de las obras de acondicionamiento. El promotor del proyecto opuso frente a dicha acción el óbice de extemporaneidad del recurso.

Este es, en síntesis, el contexto en el que el Consejo de Estado heleno planteó dos preguntas sobre la interpretación de los arts. 6, 9 y 11 de la Directiva 2011/92/UE de Evaluación de Impacto Ambiental (Directiva EIA) a los efectos de valorar la compatibilidad de la normativa griega con las mismas:

---

<sup>14</sup> C. PLAZA, “La aplicación de las disposiciones...”, *op. cit.*, pp. 7 ss.

- i) En la primera, cuestionaba si los artículos 6 y 11 de la Directiva deben interpretarse, en relación con lo dispuesto en el artículo 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, en el sentido de que son compatibles con tales artículos las disposiciones de Derecho nacional, como las griegas en cuestión, en las que se establece que los procedimientos previos a la adopción de la resolución de aprobación de las condiciones ambientales de las obras y actividades que tienen un considerable impacto ambiental (publicación de los estudios de impacto ambiental, información y participación del público en las consultas) son incoados y gestionados principalmente por la entidad administrativa superior, la región, y no por el municipio interesado.
- ii) En la segunda pregunta, en esencia, si los arts. 6 y 11 de la Directiva EIA, en relación con el art. 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales, permiten un régimen jurídico como el heleno, que establece la publicación de las resoluciones de aprobación de las condiciones ambientales de las obras y actividades con un considerable impacto ambiental en un sitio de Internet específico constituye una presunción según la cual cualquier interesado ha tenido pleno conocimiento de estas a efectos de ejercitar la acción legal prevista en la legislación vigente en un plazo de sesenta días.

Cuestiones estas que, en los términos en que fueron sintetizadas por la Abogado General Kokott en sus Conclusiones de 23 de mayo de 2019, están dirigidas a averiguar, por una parte, si el procedimiento de participación del público durante la tramitación de la autorización controvertida era compatible con los requisitos de la Directiva EIA y, por otra, si el plazo para recurrir esa autorización comenzó a correr con su publicación en un sitio de Internet o cuando los interesados tuvieron realmente noticia de la aprobación del proyecto.

Las disposiciones de la Directiva EIA cuya interpretación y alcance estaban en cuestión en este litigio eran, en concreto, las de sus arts. 6, 9.1 y 11. En estos artículos se establecen, en línea con las exigencias del Convenio de Aarhus, los requisitos mínimos que ha de respetar la normativa nacional sobre participación del público en la toma de decisiones (art. 6), la comunicación de la resolución finalmente adoptada (art. 9.1), y el acceso por los particulares a una vía de recurso para impugnar la legalidad de la resolución finalmente adoptada (art. 11). Estas disposiciones, sin bien tienen carácter esencialmente procedimental, dejan un importantes margen a la autonomía de los Estados miembros -a cuyos ordenamientos nacionales se remite- a la hora de articular el procedimiento concreto para el ejercicio de este derecho; y contienen, asimismo, numerosos conceptos indeterminados.

El art. 6 de la Directiva establece, en línea con el Convenio de Aarhus, la obligación de informar al público, mediante avisos públicos u otros medios apropiados, desde una “fase temprana” de los procedimientos de toma de decisiones medioambientales contemplados en el artículo 2.2 y, entre otras cuestiones, de la solicitud de autorización de proyectos y de la circunstancia de que están sujetos a evaluación de impacto (apartado 2º). También obliga a la puesta a disposición de la información necesaria dentro de unos “plazos razonables” (apartado 3º), y a garantizar al público interesado “la posibilidad real de participar desde una fase temprana” en los procedimientos de toma de

decisiones medioambientales objeto de la Directiva (apartado 4º). Finalmente, en su apartado 5º se establece que “Las modalidades de información al público (por ejemplo, mediante la colocación de carteles en un radio determinado, o la publicación de avisos en la prensa local) y de consulta al público interesado (por ejemplo, mediante el envío de notificaciones escritas o mediante una encuesta pública) serán determinadas por los Estados miembros”.

El art. 9.1 de la Directiva dispone que una vez adoptada la decisión de conceder o denegar una autorización, “la o las autoridades competentes informarán de ello al público y, de conformidad con los procedimientos apropiados [...]”.

Por último, el art. 11 de la Directiva se refiere a las vías de recurso contra tal resolución, exigiendo a los Estados que garanticen que, “[...] de conformidad con su Derecho interno, los miembros del público interesado [...] tengan la posibilidad de presentar un recurso ante un tribunal de justicia o ante otro órgano independiente e imparcial establecido por la ley para impugnar la legalidad, en cuanto al fondo o en cuanto al procedimiento, de decisiones, acciones u omisiones que caigan dentro del ámbito de las disposiciones relativas a la participación del público de la presente Directiva”.

La aplicación de estas disposiciones por las autoridades nacionales, conforme a la doctrina del TJUE, se rige por los principios de autonomía institucional y procedimental, de manera que corresponde a cada Estado determinar qué órganos o instituciones internas deben llevar a cabo la ejecución de estas obligaciones (vid. entre otras, la Sentencia de 15 de diciembre de 1971, as. 51-54/71 *International Fruit Company*, Rec. 1972, pp. 1107 ss.); y, a falta del establecimiento de normas comunes, la aplicación del Derecho comunitario ha de realizarse conforme a las “formas y de procedimientos del Derecho nacional” (vid., entre otros muchos, el as. 39/70, caso *Fleischkontor*, de 11.2. 1971, ECR 58). Pero al tiempo que se ha reconocido dicha autonomía, el Tribunal de Justicia también ha delimitado su alcance declarando que “debe conciliarse con las necesidades de una aplicación uniforme del Derecho comunitario”.

En el caso concreto de la autonomía procedimental, el Tribunal ha declarado en numerosos asuntos (también en casos relacionados con la aplicación de la Directiva EIA) que

*“La determinación de la regulación procesal aplicable corresponde al ordenamiento jurídico interno de cada Estado miembro en virtud del principio de autonomía procesal de los Estados miembros, a condición, sin embargo, de que esta regulación no sea menos favorable que la aplicable a situaciones similares de carácter interno (principio de equivalencia) y de que no haga imposible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos conferidos por el ordenamiento jurídico comunitario (principio de efectividad)”<sup>15</sup>.*

### *3.2.2 Los límites de la autonomía institucional y procedimental de los Estados miembros*

El Tribunal va a dar respuestas a estas preguntas partiendo primero de los principios de autonomía institucional y procedimental, para determinar a continuación

<sup>15</sup> Vid., en relación con la Directiva de Evaluación de Impacto Ambiental, la sentencia de 7 de enero de 2004, C-201/02 *Delena Wells*, ap. 67.

cómo operan en este caso los principios de equivalencia y efectividad. Y, en particular los límites que este último impone a dicha autonomía.

*i) La respuesta a la primera pregunta: las vías de información del inicio del procedimiento al público interesado no fueron en este caso conformes a las exigencias del art. 6 de la Directiva*

En relación con la primera pregunta, el Tribunal constata que el apartado 5 del artículo 6 de la Directiva EIA reserva expresamente a los Estados miembros el derecho a determinar las modalidades precisas de información y consulta del público interesado, por lo que en este caso “no existen normas fijadas por el Derecho de la Unión en relación con los procedimientos que han de seguir los Estados miembros para cumplir con sus obligaciones en cuanto a la participación del público en la toma de decisiones en materia de medio ambiente”. De modo que corresponde al ordenamiento jurídico interno de cada Estado miembro regular dichos procedimientos, con el debido respeto del principio de equivalencia y de efectividad.

Por lo que se refiere al principio de equivalencia, el Tribunal va a apreciar -a la luz de los autos del caso y sin perjuicio de las comprobaciones que competen al órgano judicial remitente- que el Derecho griego aplicable no entraba en conflicto dicho principio, ya que ni se ha alegó ni se apreció por el Tribunal que se diera un trato más favorable a situaciones similares regidas exclusivamente por normas nacionales, fuera del ámbito de aplicación de las previstas para la aplicación de la Directiva EIA, como era aquí el caso.

En cuanto al principio de efectividad, el TJUE va a declarar que las oportunidades de participación temprana del público interesado en la toma de decisiones en materia de medio ambiente, que exigen el apartado 4 del art. 6 de la Directiva EIA, deben ser efectivas. Y que

*“[...] las autoridades competentes deben velar por que pueda considerarse razonablemente que los canales de información utilizados llegan a los miembros del público interesado con el fin de darles la debida oportunidad de mantenerse informados de las actividades previstas, del proceso de toma de decisiones y de sus posibilidades de participación en una fase temprana del procedimiento”<sup>16</sup>.*

Con independencia de que corresponda al órgano jurisdiccional nacional remitente comprobar si tales requisitos se han respetado en el procedimiento en cuestión, el TJUE entra a tomar en considera que,

*“[...] en la fecha en que se difundió la convocatoria para participar en una evaluación de impacto ambiental, la mayor parte de los interesados residían o eran propietarios de un bien inmueble en la isla de Íos, no parece que la publicación en las oficinas de la sede administrativa regional, situada en la isla de Siros, ni siquiera acompañada de una publicación en un periódico local de esta última isla, fuera adecuada para contribuir debidamente a la información del público afectado”<sup>17</sup>.*

Ello salvo que dicho periódico tuviera una amplia difusión en la isla de Ios, cuestión esta que compete al órgano judicial nacional comprobar. De lo contrario, las medidas de comunicación como las adoptadas en el asunto principal

---

<sup>16</sup> Párr. 32.

<sup>17</sup> Párr. 34.

*“[...] solo podrían considerarse suficientes a falta de otros medios de comunicación más adecuados, que pudieran haber sido utilizados por las autoridades competentes sin requerir esfuerzos desproporcionado”<sup>18</sup>.*

En relación con la cuestión de si las condiciones de acceso al expediente por el público interesado eran conformes con la Directiva, el TJUE va a responder que corresponde al órgano remitente ponderar las dificultades de acceso a dicho expediente por los interesados en la isla de Siros, con la carga administrativa que pudiera implicar poner a disposición de los interesados el expediente en la isla de Ios, que de ser desproporcionada justificaría que se mantuviera en las oficinas de la Administración Regional en la isla de Siros.

Finalmente, y por lo que se refiere a la forma en que se llevó a cabo la consulta, indica también al órgano remitente que le corresponde comprobar si, en el procedimiento principal, se ha respetado el principio de efectividad.

Tras estas matizaciones y cautelas, el TJUE va a responder a la primera pregunta que el art. 6 de la Directiva EIA debe interpretarse en el sentido de que

*“[...] se opone a que un Estado miembro lleve a cabo operaciones de participación del público en el proceso de toma de decisiones relativas a un proyecto a nivel de la autoridad administrativa regional competente, y no a nivel de la unidad municipal en la que esté situado el proyecto, cuando las modalidades prácticas aplicadas no garanticen el respeto efectivo de los derechos del público interesado, lo que corresponde comprobar al órgano jurisdiccional nacional”<sup>19</sup>.*

Esta respuesta parece contrastar con el reconocimiento, hasta ahora sin fisuras, de la autonomía institucional reconocida por el TJUE a los Estados miembros, a falta de normativa de la Unión. En una de las formulaciones más tempranas de este principio, el Tribunal declaró que “Cada Estado miembro es libre de repartir como juzgue oportuno las competencias en el plano interno y de aplicar las directivas por medio de medidas tomadas por autoridades regionales o locales” (STJCE de 25 de mayo de 1982, *Comisión c. Países Bajos*, as. 97/81, Rec. 1833). Autonomía que, como también ha precisado de forma constante el TJUE, no exime en ningún caso a los Estados miembros de su obligación de cumplir debidamente con las disposiciones de la Unión.

En este caso el Tribunal va más lejos y pone de manifiesto que la autonomía institucional de los Estados miembros, incluso en lo que respecta al reparto territorial del poder, puede entrar en conflicto con el Derecho de la Unión cuando dicho reparto menoscabe la efectividad de las disposiciones de la Unión.

*ii) La respuesta a la segunda pregunta: el momento en que empieza el cómputo del plazo para iniciar acciones legales contra el proyecto finalmente aprobado va a depender de que se haya cumplido debidamente con la obligación de informar adecuadamente al público interesado sobre la apertura del procedimiento de evaluación ambiental.*

En cuanto a la segunda pregunta, el Tribunal a la luz de la respuesta dada a la primera cuestión (esto es, que no se informó adecuadamente al público interesado del inicio del procedimiento de EIA) va a responder que

<sup>18</sup> Párr. 35.

<sup>19</sup> Párr. 44.

*“[...] los artículos 9 y 11 de la Directiva EIA deben interpretarse en el sentido de que son contrarios a una normativa, como la controvertida en el litigio principal, que da lugar a que se oponga un plazo, para que los miembros del público interesado interpongan un recurso, cuyo cómputo se inicia a partir del anuncio en Internet de la autorización de un proyecto, cuando dichos miembros del público interesado no hayan tenido previamente la oportunidad adecuada de informarse sobre el procedimiento de autorización de conformidad con el artículo 6, apartado 2, de dicha Directiva (apart. 60).*

En relación con esta pregunta, el TJUE pone de relieve que la Directiva EIA no prevé ninguna norma sobre el inicio y el cómputo de los plazos de recurso, por lo que esta cuestión quedaba reservada a la autonomía de procedimiento de los Estados miembros. Al valorar si la normativa griega era contraria al principio de efectividad, el TJUE no va a considerar como un obstáculo excesivo para acceder a la justicia que el inicio del cómputo del plazo establecido para interponer un recurso dependa de una publicación de la que el recurrente tuvo o debiera haber tenido conocimiento (párr. 55). Pero llega a la conclusión de que, por el contrario, que

*[...] “no sería compatible con el principio de efectividad oponer un plazo a una persona si la conducta de las autoridades nacionales junto con la existencia del plazo la privó totalmente de la posibilidad de ejercitar sus derechos ante los órganos jurisdiccionales nacionales, es decir, si las autoridades, por su conducta, provocaron que el recurso fuera presentado fuera de plazo” (apart. 56).*

Recuerda, asimismo, que del artículo 11, apartado 3, de la Directiva EIA resulta que

*“[...] los Estados miembros deben perseguir el objetivo de un amplio acceso a la justicia cuando establecen las normas sobre los recursos en materia de participación del público en la toma de decisiones (véanse, en este sentido, las [sentencias de 11 de abril de 2013, Edwards y Pallikaropoulos, C-260/11](#), apartados 31 y 44, y de [17 de octubre de 2018, Klohn, C-167/17](#), apartado 35)”.*

#### 4. CONCLUSION

Conforme a la consolidada doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, allí en donde no haya disposiciones de la Unión Europea determinando la regulación procesal aplicable en ámbitos como el de la participación del público en materia de medio ambiente, corresponde al ordenamiento jurídico interno de cada Estado miembro en virtud del principio de autonomía procesal de los Estados miembros. Pero siempre sometido a los principios de equivalencia (que esta regulación no sea menos favorable que la aplicable a situaciones similares de carácter interno), y de efectividad (que no haga imposible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos conferidos por el ordenamiento jurídico comunitario).

Sin embargo, en aras precisamente de la eficacia del derecho de participación pública en materia de medio ambiente, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea está precisando de forma progresiva los límites que el principio de efectividad puede imponer a la autonomía procedimental de la que gozan los Estados miembros a la hora de establecer los cauces para la participación del público en los procedimientos de evaluación de impacto ambiental. Límites que, lógicamente, serán igualmente aplicables a la aplicación de las disposiciones del Convenio de Aarhus sobre el acceso a la información, la participación del público en la toma de decisiones y el acceso a la justicia en materia de medio ambiente, que forma parte del acervo de la Unión, en tanto en cuanto establecen requisitos y obligaciones similares en relación con la

participación que tiene que tener lugar en el marco de otro tipo de decisiones ambientales, más allá de la autorización de proyectos sometidos a evaluación de impacto ambiental.

Hasta el momento, dichos límites se han fijado ya con la elección de las vías de información y comunicación al público interesado del comienzo de un procedimiento de evaluación de impacto ambiental, así como a la comunicación de sucesivas decisiones, en tanto que exige que se utilicen mecanismos de información que tengan capacidad real de llegar hasta el público interesado. Afecta, igualmente, a algo tan importante como el cómputo de los plazos para iniciar una acción judicial contra la resolución administrativa que apruebe el proyecto: dicho cómputo no podrá comenzar a correr desde el momento en que se publique o comunique la resolución finalmente adoptada cuando las autoridades públicas no hayan informado antes al público, de forma adecuada, del comienzo del procedimiento. En estos casos, el cómputo para recurrir comenzará en el momento en que se acredite que se tuvo conocimiento por vez primera de la aprobación del proyecto en cuestión.

Esta jurisprudencia, cuyo último exponente ha sido Sentencia dictada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea el 7 de noviembre de 2019 en el asunto C- 280/18 *Alain Flausch y otros*, está reforzando sin duda la tutela judicial efectiva del derecho a la participación en materia de medio ambiente en la Unión Europea también de mano de los jueces nacionales, como jueces ambientales de la Unión.

## 5. BIBLIOGRAFIA Y DOCUMENTACIÓN

COMISION EUROPEA, Comunicación al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones, “*European Implementation Review: 2019 A Europe that protect its citizens and enhances their quality of life*” (COM (2019)140 final), disponible en [https://ec.europa.eu/environment/eir/pdf/eir\\_2019.pdf](https://ec.europa.eu/environment/eir/pdf/eir_2019.pdf) (última vez visitado 30 de febrero de 2019).

LÓPEZ FERRO, A., “La participación del público en el procedimiento de evaluación de impacto ambiental de proyectos, a propósito de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 7 de noviembre de 2019 (asunto C-280/18)”, 11 de diciembre de 2019, *Actualidad Jurídica Ambiental*, n. 96, Sección “Comentarios de jurisprudencia”.

PLAZA MARTIN, C., *Derecho Ambiental de la Unión Europea*, Tirant lo Blanch, 2005.

PLAZA MARTIN, C., “La aplicación de las disposiciones del segundo pilar del Convenio de Aarhus en España. Los avances y los viejos retos”, *Revista Catalana de Dret Ambiental*, Vol. 9, Nº 1, 2018, pp. 1-70.

DORESTE HERNÁNDEZ, J., y RUIZ SALGADO, A., “De la importancia de la participación pública en la planificación de los recursos naturales: El caso del Plan General de Política Forestal de Cataluña (Comentario a la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 20 de julio de 2017)”, 10 de diciembre de 2019, *Actualidad Jurídica Ambiental*, n. 96.

VICENTE DAVILA, F., “La Ley 9/2018 por la que se modifica la Ley 21/2013 de evaluación ambiental: otra oportunidad perdida para avanzar hacia una participación real y efectiva”, *Actualidad Jurídica Ambiental*, n. 86, Sección “Comentarios de legislación”, 21 de enero de 2019.

UNEP (2019). Environmental Rule of Law: First Global Report. United Nations Environment Programme, disponible en <https://www.unenvironment.org/resources/assessment/environmental-rule-law-first-global-report>. (última vez visitado, 15 de enero de 2020).



