



NOMOS

REVISTA DO PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO DA UFC

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



NOMOS

Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC

Fortaleza

2021

NOMOS

Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC

Volume 41.1 — Jan./Jun. 2021

Editora Chefe

Denise Lucena Cavalcante

Editora Sub-chefe

Tarin Cristino Frota Mont'Alverne

Conselho Editorial

Ana Maria D'Ávila Lopes

António 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

Adriana Gomes Rêgo

Possui graduação em Engenharia Civil pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte (1992) e graduação em Direito pela Universidade de Brasília (2000). Fez especialização em Direito Processual Tributário pela Universidade de Brasília (2008). É auditora-fiscal da receita federal do Brasil - Secretária da Receita Federal do Brasil e atualmente é Conselheira representante da Fazenda no Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, havendo sido designada Presidente do Conselho em dezembro de 2017.

Alice Rocha da Silva

Doutora em DIREITO INTERNACIONAL ECONÔMICO pela Université d'Aix-Marseille III. Possui graduação em DIREITO pelo Centro Universitário de Brasília (2005), graduação em CIENCIA POLITICA pela Universidade de Brasília (2004), graduação em RELAÇÕES INTERNACIONAIS pela Universidade de Brasília (2004) e mestrado em DIREITO DAS RELAÇÕES INTERNACIONAIS pelo Centro Universitário de Brasília (2006). Atualmente é professora no Centro Universitário de Brasília - UniCEUB e de cursos preparatórios para concurso e assessora no Instituto de Gestão da Saúde do Distrito Federal (IGESDF). Tem experiência na área de Direito, Relações Internacionais e Ciência Política, com ênfase em Direito Internacional Econômico e Direitos Humanos.

Alichelly Carina Macedo Ventura

Mestre em Direito Ambiental pelo Programa de Pós-Graduação em Direito Ambiental da Universidade do Estado do Amazonas. Possui pela especialização em Direitos Humanos pela Academia de Direitos Humanos da Washington College of Law - American University. Advogada. É professora e Coordenadora de Projetos de Extensão da Faculdade de Direito da Universidade Luterana - Manaus. Professora dos cursos de Pós-Graduação da Escola Superior da Advocacia - Amazonas. Foi professora na Universidade Federal do Amazonas. Foi professora da Faculdade Metropolitana de Manaus, do Centro Universitário do Norte - UNINORTE e na Faculdade Martha Falcão - DeVry. Atuou como professora convidada da Universidade Javeriana em Bogotá, na Colômbia. Coordenou o Grupo de Estudos do Sistema Interamericano de Direitos Humanos da Universidade Federal do Amazonas. [É membro do Comitê Estadual de Tráfico de Pessoas, Refúgio e Migração. É conselheira no Conselho de Direito das Águas e Comissão de Relações Internacionais da OAB Amazonas. Faz parte do Grupo de Pesquisa de Direito Civil Contemporâneo na Amazônia da Universidade Federal do Amazonas.

Ana Clarissa Masuko dos Santos Araújo

Possui graduação em Direito com habilitação em Direito Empresarial pela Universidade de São Paulo, mestrado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo; Doutora pela Universidade de São Paulo; Pós-doutora pela Universidade Católica de Brasília/CAPES.

André Parmo Folloni

Professor Titular e Decano (Dean) da Escola de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Professor permanente e ex-coordenador do Programa de Pós-Graduação em Direito da PUCPR (Mestrado e Doutorado). Doutor em Direito pela Universidade Federal do Paraná, Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Graduado em Direito pela Universidade Federal do Paraná e em Filosofia pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Principal interesse de pesquisa: relações entre Direito Tributário, tributação e desenvolvimento. Vice-presidente da World Complexity Science Academy, membro da Human Development and Capability Association e líder do Grupo de Pesquisas Tributação, Complexidade e Desenvolvimento (PPGD/PUCPR/CNPq). Autor dos livros Introdução à Teoria da Complexidade (2016), Ciência do Direito Tributário no Brasil (2013), Teoria do Ato Administrativo (2006) e Tributação sobre o Comércio Exterior (2005).

Antonio Bazilio Floriani Neto

Doutor em direito econômico pela PUCPR (2020). Possui graduação em direito (2011), especialização em direito previdenciário (2013) e mestrado (2015) em direito econômico pela PUCPR. Membro da Comissão de Direito Previdenciário da OAB-PR. Autor da obra "Seguro de Acidentes do Trabalho: voracidade fiscal, empresas e economia", publicada pela Editora LTr. Membro do grupo de pesquisa de Análise Econômica do Direito da PUCPR. Diretor Jurídico Adjunto do Instituto Brasileiro de Direito Previdenciário (IBDP). Foi editor da revista de direito empresarial (RDEMP). Advogado, professor da Faculdade de Educação Superior do Paraná (FESP) e de cursos de pós graduação lato sensu.

Beatriz Souza Costa

Doutora em Direito Constitucional pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Mestre em Direito Constitucional pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Participou do Summer program in North American Law for Brazilian Judges, Prosecutors and Attorneys, na Universidade da Flórida, Gainesville, em 2010. Coordenadora e Professora, de Direito Ambiental, no Centro de Atualização Em Direito (CAD) Belo Horizonte. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Constitucional, atuando principalmente nos seguintes temas: Direito Ambiental, meio ambiente, Constituição, educação e cidadania.

Camilla de Freitas Pereira

Doutoranda em direito ambiental e desenvolvimento sustentável. É mestre em direito ambiental e desenvolvimento sustentável. Especialista em Direito Público Global Direito Público Global em Castilla La Mancha/ Espanha. Especialista em Direito Público pela Universidade Cândido Mendes. Especialista em Docência com Ênfase em Educação Jurídica pela Faculdade Arnaldo. Graduada em Direito pela

PUC Minas. Fundadora da CF Advocacia e Freitas Serviços Administrativos, que presta serviços para entidades de terceiro setor. Advogada militante na área trabalhista, cível e imobiliária. Camilla é membro da Sociedade de São Vicente de Paulo desde 1988.

Carla Ribeiro Volpini Silva

Doutora em Direito Público pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Mestre em Direito Internacional e Comunitário Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (2006), especialização em Direito Processual pelo IEC/PUCMINAS(2003), e graduação em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (2006). Professora Adjunta do Departamento de Direito Público da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais e professora da Pós-graduação Stricto Sensu da Universidade de Itaúna.

Carlos Augusto Daniel Neto

Sócio fundador do escritório Daniel & Diniz Advocacia Tributária. Ex-Conselheiro Titular na Primeira e Terceira Seções de Julgamento do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (2015-2019); Graduado em Direito pela Universidade Federal do Piauí (2010); Especialista em Direito Tributário pelo IBET-SP (2012); Mestre em Direito Tributário pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP), na condição de bolsista integral da CAPES (2014); Doutor em Direito Tributário pela Universidade de São Paulo - USP (2018); Professor permanente da pós-graduação e do curso de atualização do Instituto Brasileiro de Estudos Tributários (IBDT) e do mestrado profissional do Centro de Estudos de Direito Econômico e Social (CEDES); Professor do LLM em Direito Tributário e Processo Tributário da Fundação Escola Superior do Ministério Público; Professor convidado para as pós-graduações em Direito Tributário da Escola Paulista de Direito, CEDIN, CERS, ABDCONST, LFG etc. Titular da Coluna "Direto do CARF", da Revista Eletrônica Consultor Jurídico (CONJUR).

Cecilia Priscila de Souza

Advogada; Mestre e Doutoranda em Direito Tributário pela PUC/SP; Especialista em Direito Tributário pelo Instituto Brasileiro de Estudos Tributários – IBET/SP; Coordenadora e Conferencista do Curso de Especialização em Direito Tributário do IBET/SP; Professora convidada dos Cursos de Especialização em Direito Tributário da PUC/SP – COGEAE.

Celia M. S. Murphy

Advogada; Mestre e Doutora em Direito Tributário pela PUC/SP; Especialista em Direito Tributário pelo Instituto Brasileiro de Estudos Tributários – IBET/SP; Professora e Conferencista do Curso de Especialização em Direito Tributário do IBET/SP; Professora convidada dos Cursos de Especialização em Direito Tributário da PUC/SP – COGEAE, da Universidade São Judas Tadeu. Foi Professora da Escola de Administração Fazendária – ESAF; Auditora-Fiscal da Secretaria da Receita Federal do Brasil. Conselheira Titular do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais - CARF.

Eduardo de Sampaio Leite Jobim

Professor Substituto de Direito Tributário e Financeiro da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). Doutorando em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Mestre em Direito Econômico e Financeiro pela Universidade de São Paulo (USP). teve experiência internacional na Friddeswide Middle School, na Cidade de Oxford, no Reino Unido. Exerceu funções públicas como Membro Titular do Conselho Administrativo de Tributos e Taxas de São Bernardo dos Campos. É membro da Academia Tributária das Américas (ATA) e foi membro da Internacional Fiscal Association (IFA), no ano de 2016.

Elizabeth Nazar Carrazza

Possui graduação em Ciências Jurídicas e Sociais pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (1969), mestrado e doutorado em Direito Tributário pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Atualmente é advogada do escritório Roque Carrazza Advogados Associados e Coordenadora do Programa de Pós-graduação em Direito e professora titular da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Tributário, atuando principalmente nos seguintes temas: aspectos, constituição, princípios, estado e tributos. É autora do livro "IPTU e Progressividade - Igualdade e Capacidade Contributiva" (2ªed; 2015); Coautora do livro "Imunidades Tributárias" (1ªed. 2012); Coordenadora do livro "Atualidades do Sistema Tributário Nacional" (1ªed.;2015) e também do livro "Icms - Questões Atuais" (ed 1.; 2007).

Jamile Bergamaschine Mata Diz

Coordenadora do Centro de Excelência Europeu UFMG e da Cátedra Jean Monnet de Direito UFMG. Professora da Faculdade de Direito da UFMG. Professora do PPGD da Universidade de Itaúna. Professora da FDMC e da ESDHC. Coordenadora da Rede de Pesquisa "Integração, Estado e Governança".

João Luís Nogueira Matias

Doutor em Direito Comercial pela Universidade de São Paulo - USP (2009). Doutor em Direito público pela Universidade Federal de Pernambuco (2003). Mestre em Direito e desenvolvimento pela Universidade Federal do Ceará (1999). MBA em gestão de empresas FGV/MARPE (2005). Professor Titular da Universidade Federal do Ceará e do Centro Universitário 7 de Setembro - UNI7. Ministra as disciplinas "Direito da empresa I" (direito societário), "Ordem jurídica e economia na perspectiva dos direitos fundamentais" e "Meio ambiente, sustentabilidade e direitos fundamentais", respectivamente, na graduação e no Programa de Pós-graduação (Curso de Mestrado e Doutorado). Ex-coordenador do Programa de Pós-graduação em Direito da UFC.

Luciana Rêgo dos Santos

Mestranda em Direito pela Universidade Federal do Ceará (UFC). Advogada. Assessora Técnica da Coordenadoria Jurídica da Secretária Municipal de Saúde de Fortaleza. Especialista em Direito e Processo Constitucionais pela Universidade de Fortaleza - UNIFOR. Graduada em Direito pela UNIFOR. Possui experiência no âmbito do Direito Público (Constitucional e Administrativo). Desenvolve estudos em temáticas relacionadas às Políticas Públicas, Economia Comportamental e Direito da Saúde.

Marcos Aurélio Pereira Valadão

Pós-Doutor em Direito (UnB, 2017), Doutor em Direito pela Southern Methodist University - EUA (SMU, 2005) - (título revalidado pela UnB). Possui graduação em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Goiás (PUC-GO, 1993), especialização em Administração Tributária (PUC-GO, 1991), MBA- Executivo em Finanças pelo IBMEC (1996), é Mestre em Direito pela Universidade de Brasília (UnB, 1999). Membro do Steering Group of the South Centre Tax Initiative for International Tax Cooperation (2018 - ...). Professor da Escola de Políticas Públicas e Governo da Fundação Getulio Vargas em Brasília-DF. Ex-Auditor Fiscal da Receita Federal do Brasil (aposentado). Ex Coordenador-Geral de Relações Internacionais da Receita Federal do Brasil. Ex-Presidente da 1ª Seção, e da 2ª Câmara da 3ª Seção do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais do MF (CARF) (mar 2012 - jul/2017).

Mateus de Oliveira Fornasier

Doutor em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS, Brasil) (2013), com Pós-Doutorado pela University of Westminster (Reino Unido) (2018-2019). Atualmente é professor/pesquisador da Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul (UNIJUI), no programa de Pós-Graduação Stricto Sensu (Mestrado e Doutorado) em Direito. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Sociologia Jurídica e Direito Constitucional, atuando principalmente nos seguintes temas: regulação da tecnologia, inteligência artificial e Direito, filosofia da tecnologia, democracia eletrônica e cidadania digital.

Millena Fontoura Monteiro

Pós-Doutoranda em Direitos Humanos pela Universidade de Salamanca/Espanha (2021). Doutora pela Escola de Serviço Social da UFRJ (2013). Mestre em Ciências Penais - pela Universidade Candido Mendes/RJ (2005). Advogada. Possui Graduação em Direito pela Universidade Candido Mendes/RJ (2002). Avaliadora ad hoc INEP/MEC para os Cursos de graduação em Direito. Professora Substituta de Direito Penal, Legislação Especial Penal e Política de Drogas na Faculdade Nacional de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro - 2015 a 2017. Professora de Direito Penal, Processo Penal e Direitos Humanos da Unigranrio/RJ. Professora Convidada da Escola de Gestão Penitenciária do Rio de Janeiro na disciplina de Criminologia no curso de aperfeiçoamento de Dirigentes da SEAP. Ex-delegada da Comissão de Direitos Humanos e Assistência Judiciária da Ordem dos Advogados do Brasil/RJ (2007).

Paulo Antônio Caliendo Velloso da Silveira

Possui graduação em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul (1992), mestrado em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (1996) e doutorado em Direito, na área de Concentração de Direito Tributário, pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2002), Doutorado Sandwich na Ludwig-Maximilians Universität em Munique (Alemanha) (2001). Participou do Program of Instruction for Lawyers da Harvard Law School (2001). Árbitro da Lista brasileira do Sistema de Controvérsias do Mercosul. Atualmente, é professor permanente da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Autor da obra finalista do Prêmio Jabuti "Direito Tributário e Análise Econômica do Direito" e da obra "Direito Tributário: três modos de pensar a tributação".

Pedro Agão Seabra Filter

Advogado. Mestre em Direito pela PUC/RS - Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Especialista em Direito Público pela PUC/RS - Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Graduado em Direito pela PUC/RS - Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul.

Rafael Maffini

Professor Substituto de Direito Tributário e Financeiro da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). Doutorando em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Mestre em Direito Econômico e Financeiro pela Universidade de São Paulo (USP). teve experiência internacional na Friddeswide Middle School, na Cidade de Oxford, no Reino Unido. Exerceu funções públicas como Membro Titular do Conselho Administrativo de Tributos e Taxas de São Bernardo dos Campos. É membro da Academia Tributária das Américas (ATA) e foi membro da Internacional Fiscal Association (IFA), no ano de 2016.

Sidney Cesar Silva Guerra

Pós-Doutor pelo Centro de Estudos Sociais (CES) - Universidade de Coimbra; Visiting Researcher pela Stetson University Law School. Pós-Doutor em Cultura pelo Programa Avançado de Cultura Contemporânea - Universidade Federal do Rio de Janeiro (PACC/UFRJ); Pós-Doutor em Direito - Universidade Presbiteriana Mackenzie (SP). Possui Doutorado, Mestrado e Especialização em Direito. Professor Titular da UFRJ e Permanente do Programa de Pós-Graduação em Direitos Humanos (Doutorado e Mestrado) da Faculdade Nacional de Direito - Universidade Federal do Rio de Janeiro (FND/UFRJ). Professor Titular da Universidade do Grande Rio (UNIGRANRIO) e Professor do Programa de Pós Graduação em Direito Internacional (Doutorado e Mestrado) na Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Professor do Programa de Pós Graduação em Direito - Universidade Cândido Mendes (PPGD-UCAM). Professor Convidado de várias Instituições de Estudo Superior no Brasil e no exterior. Vice Presidente da Comissão de Educação da Ordem dos Advogados do Brasil - Rio de Janeiro (OAB/RJ - 2019 x 2020).

Willian Batista de Oliveira

Mestrando em Planejamento e Governança Pública pela Universidade Tecnológica Federal do Paraná - UTFPR; Mestrando em Administração Autárquica pelo Instituto Politécnico de Bragança - Portugal. Graduado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (2010); Tecnólogo em Gestão Pública pela Universidade Estadual do Centro-Oeste (2020); Especialista em Administração Pública; Especialista em Auditoria e Controladoria (ambos pelo Centro Universitário de Maringá); Especialista em Gestão e Liderança Corporativa pela Faculdades Batista do Paraná; Extensão em Direito Tributário pela Academia Brasileira de Direito Constitucional; Extensão no Módulo de Incidência e Crédito Tributário da especialização em Direito Tributário do Instituto Brasileiro de Estudos Tributários - IBET. Atualmente é Auditor Fiscal de Tributos Municipais na Prefeitura Municipal de Curitiba, atuando como Gerente de Fiscalização do Departamento de Rendas Mobiliárias da Secretaria de Finanças, e Representante da Fazenda como Conselheiro Titular do Conselho Municipal de Contribuintes do Município de Curitiba. Professor de Direito Tributário e Legislação Tributária Municipal em cursos

preparatórios para concursos públicos. Ministrou a disciplina de Impostos Municipais na Pós-Graduação lato sensu da Universidade Estadual do Norte Pioneiro - UENP. Instrutor da Escola Fazendária da Associação Baiana de Auditores Fiscais Municipais. 1º lugar no Prêmio Fenafim 2018. Participou do 13º Programa de Intercâmbio da Subchefia de Assuntos Jurídicos da Presidência da República e da Assessoria Especial de Assuntos Legislativos do Ministério da Justiça e Segurança Pública (2019). Palestrante no VII Congresso Baiano de Direito Municipal (2019).



SOBRE OS AUTORES – DOUTRINA ESTRANGEIRA

Arthur Guerra de Andrade Filho

Doutor em Direito (PhD in Law) pelo King's College de Londres (2020); Master of Laws (LL.M.) pela Universidade da Califórnia, Berkeley (2013); e Bacharel em Direito pela PUC-SP (2006). Suas principais linhas de pesquisa são: Regulação de Financiamento Político (de Partidos Políticos e Campanhas Eleitorais); Influência Política, Lobby e Desenho Institucional em Agências Reguladoras e Concorrenciais; e Regulação da Mídia.

Cindy Whang

Assistant professor at Fu Jen Catholic University in Taiwan and the Interim Director for the School of Continuing Education Law Department.

Daniel Irwin Yacolca Estares

Doctor y docente en derecho tributario de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.

Liziane Angelotti Meira

Professor, Researcher and Adjunct Coordinator of the Master Degree in Public Policy and Government at the School of Public Policy and Government of Fundação Getúlio Vargas (EPPG/FGV).

Pilar Jimenez Tello

Profesora de derecho Administrativo de la Universidad de Salamanca.

Victoria Eugenia Plaza Jiménez

Abogada, Dra en Derecho Administrativo.



SUMÁRIO

DOCTRINA NACIONAL

A TOMADA DE DECISÃO ECOLÓGICA E ARTIFICIAL: UMA ANÁLISE DA PARTICIPAÇÃO DA INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL NA PROTEÇÃO AMBIENTAL COM A UTILIZAÇÃO DO IPTU ECOLÓGICO <i>Paulo Antônio Caliendo Velloso da Silveira, Pedro Agão Seabra Filter</i>	19
RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA DAS PLATAFORMAS DE MARKETPLACE NO COMÉRCIO EXTERIOR ELETRÔNICO <i>Marcos Aurélio Pereira Valadão, Ana Clarissa Masuko dos Santos Araújo</i>	35
O PRINCÍPIO DA CAPACIDADE CONTRIBUTIVA NO IMPOSTO SOBRE A RENDA <i>Celia M. S. Murphy, Cecilia Priscila de Souza</i>	57
COISA JULGADA ADMINISTRATIVA E O DEVER PÚBLICO DA ADMINISTRAÇÃO DE INCREMENTAR A SEGURANÇA JURÍDICA <i>Eduardo de Sampaio Leite Jobim, Rafael Maffini</i>	71
AS BASES DE CÁLCULO DO IPTU E DO ITBI – APROXIMAÇÕES E DISTANCIAMENTOS <i>Carlos Augusto Daniel Neto, Elizabeth Nazar Carrazza</i>	93
ALIMENTAÇÃO, SAÚDE E MEIO AMBIENTE: OS NUDGES COMO INSTRUMENTO PARA UMA ALIMENTAÇÃO SAUDÁVEL E SUSTENTÁVEL NO BRASIL. <i>João Luís Nogueira Matias, Luciana Rêgo dos Santos</i>	111
OS REFLEXOS DA PANDEMIA DO COVID-19 NO MUNDO DO TRABALHO: UMA ANÁLISE COMPARATIVA DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO EMPREGADOR NO BRASIL E NA ESPANHA <i>Camilla de Freitas Pereira, Beatriz Souza Costa, Carla Ribeiro Volpini Silva</i>	137
A LUTA PELO RECONHECIMENTO INTERNACIONAL DO REFUGIADO AMBIENTAL JUNTO AO COMITÊ DE DIREITOS HUMANOS DA ONU: O CASO DE IOANE TEITIOTA, DE KIRIBATI <i>Aichelly Carina Macedo Ventura, Sidney Cesar Silva Guerra, Milena Fontoura Monteiro</i>	153
INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL E DEMOCRACIA: OPORTUNIDADES E DESAFIOS <i>Mateus de Oliveira Fornasier</i>	171
PERSPECTIVA ECONÔMICA DOS IMPACTOS DA RECLAMAÇÃO CONSTITUCIONAL COMO INSTRUMENTO DE REFORÇO DA SEGURANÇA JURÍDICA E DA TUTELA CONSTITUCIONAL BRASILEIRA <i>Alice Rocha da Silva, Adriana Gomes Rêgo</i>	197
TRIBUTAÇÃO DO VÍCIO (<i>SIN TAXATION</i>): FISCALIDADE E DESIGUALDADE SOB A APARÊNCIA DE EXTRAFISCALIDADE <i>André Parmo Folloni, Antonio Bazilio Floriani Neto, Willian Batista de Oliveira</i>	217

DOCTRINA ESTRANGEIRA

EL DEBIDO PROCESO TRIBUTARIO Y OTRAS FORMAS DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS COMO EL ARBITRAJE <i>Daniel Irwin Yacolca Estares</i>	235
COMPETITIVIDAD EN LA EDUCACIÓN SUPERIOR <i>Pilar Jimenez Tello, Victoria Eugenia Plaza Jiménez</i>	259
EXPORT CONTROL LAWS IN RECENT TRADE WARS: THE INFUSION OF SECURITY INTERESTS INTO COMMERCIAL SPHERE <i>Cindy Whang, Liziane Angelotti Meira</i>	283



DOUTRINA NACIONAL



A TOMADA DE DECISÃO ECOLÓGICA E ARTIFICIAL: UMA ANÁLISE DA PARTICIPAÇÃO DA INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL NA PROTEÇÃO AMBIENTAL COM A UTILIZAÇÃO DO IPTU ECOLÓGICO

*Paulo Antônio Caliendo Velloso da Silveira¹,
Pedro Agão Seabra Filter²*

RESUMO

A chamada crise ambiental tem alçado novos patamares a cada dia que se passa, levantando dúvidas sobre a capacidade da humanidade em conter as mudanças climáticas e salvaguardar os ecossistemas que ainda existem. Assim, ao analisar a utilização da Inteligência Artificial (IA) como um instrumento de proteção ambiental, o presente artigo acadêmico se propõe a responder quais poderiam ser as contribuições das novas tecnologias para a efetivação do princípio ambiental, respondendo o questionamento sobre a sua aptidão para auxiliar os órgãos competentes na tomada de decisões ecologicamente condizentes. Para tanto, serão analisados os avanços tecnológicos no âmbito da sustentabilidade, observando sua consonância e harmonia com os princípios ambientais, com a análise do caso concreto da utilização do IPTU ecológico. Assim, o presente trata-se de uma pesquisa descritiva, utilizando o método de abordagem dedutivo.

PALAVRAS-CHAVE: 1. Direito ambiental. 2. Inteligência Artificial. 3. Tomada de decisão. 4. Desenvolvimento sustentável. 5. IPTU Ecológico.

THE ARTIFICIAL AND ECOLOGICAL DECISION-MAKING: AN ANALYSIS OF THE PARTICIPATION OF ARTIFICIAL INTELLIGENCE IN ENVIRONMENTAL PROTECTION WITH THE USE OF THE ECOLOGICAL IPTU

ABSTRACT

The so-called environmental crisis has risen to new heights with each passing day, raising doubts about humanity's ability to contain climate change and to protect the ecosystems that still exist. Thus, when analyzing the use of Artificial Intelligence (AI) as an instrument of environmental protection, this paper proposes to answer what could be the contributions of new technologies to the concretion of the environmental principle, answering the question about its ability to assist the competent environmental agencies in the ecological decision-making.

¹ Possui graduação em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul (1992), mestrado em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (1996) e doutorado em Direito, na área de Concentração de Direito Tributário, pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2002), Doutorado Sandwich na Ludwig-Maximilians Universität em Munique (Alemanha) (2001). Participou do Program of Instruction for Lawyers da Harvard Law School (2001). Árbitro da Lista brasileira do Sistema de Controvérsias do Mercosul. Atualmente, é professor permanente da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Autor da obra finalista do Prêmio Jabuti "Direito Tributário e Análise Econômica do Direito" e da obra "Direito Tributário: três modos de pensar a tributação".

² Advogado. Mestre em Direito pela PUC/RS - Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Especialista em Direito Público pela PUC/RS - Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Graduado em Direito pela PUC/RS - Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul.

Therefore, technological advances in the field of sustainability will be analyzed, observing their consonance and harmony with environmental principles. Then will be analyzed the green property tax. Thus, this is a descriptive research, using the deductive approach method.

KEYWORDS: 1. Environmental law. 2. Artificial Intelligence. 3. Decision making. 4. Sustainable development. 5. Green property tax.

1 INTRODUÇÃO

Nascido da preocupação com os impactos antrópicos sobre o meio ambiente – as chamadas pegadas ambientais –, o anseio por um futuro verde e sustentável não é uma novidade, mas uma intenção que tem se desenvolvido e aprimorado a passos curtos e lentos com o decorrer das décadas.

Atualmente, com os esforços conjuntos dos países-membros das Nações Unidas, a preocupação ambiental tem atingido novos patamares de inquietude, encontrando repouso apenas sob os esforços dispendidos na criação de providências e políticas ecologicamente conscientes. Neste condão, a comunidade científico-política internacional tem desenvolvido planos de ações globais para a promoção de uma vida digna a todos, inclusive para as futuras gerações.

Sob o desvelo da Assembleia Geral das Nações Unidas, foram criados diversos tratados internacionais no sentido de proteger o meio ambiente e atenuar as mudanças climáticas, como o Acordo de Paris e a Agenda 2030 para o desenvolvimento sustentável. Esta última, criada como um plano de ação que objetiva o desenvolvimento sustentável e a erradicação da pobreza, fundamentados pela “nova” ética ambiental, o princípio da sustentabilidade.

Constituída pelos chamados objetivos do desenvolvimento sustentável, a Agenda 2030 traça diretrizes sob o tripé do social, da economia e do ambiental, conciliando a dicotomia do crescimento econômico com a proteção dos ecossistemas para a garantia do bem-estar social.

Contudo, apesar do apresto da comunidade internacional, muitos ainda se questionam sobre a capacidade dos Estados em se adaptarem às exigências impostas. Apesar de extensos estudos e publicações – o consenso ao princípio ambiental –, diversos setores da organização político-social ainda enfrentam dificuldades, ou mesmo resistência em implementarem políticas sustentáveis. Isto ocorre, pois a proteção ambiental pressupõe esforços ainda desconhecidos – seja nos impactos socioeconômicos ou na falta de certeza científica –, suscetíveis às más intenções, políticas ou econômicas.

Dessarte, não obstante o princípio das responsabilidades comuns porém diferenciadas, devem ser observados também os vieses que impedem que a pauta ambiental seja de fato efetivada pelos chefes de Estados. Situações peculiares, como uma crise econômica, ou mesmo grandes crises mundiais, como o Covid-19, ajudam a dissipar os ensejos menos evidentes, obscurecendo a urgência das tomadas de decisões ecologicamente conscientes.

Assim, entidades privadas e públicas têm depositado suas esperanças nos avanços tecnológicos, como a evolução da Inteligência Artificial (IA), que tem se demonstrado um instrumento primoroso na tomada de decisões, pois, com o avanço das tecnologias,

novos instrumentos científicos permitem a análise e o processamento de dados que anteriormente eram obscurecidos pela sua complexidade, facilitando a identificação de fatores como os relacionados à degradação ambiental e estimulando o estreitamento das divergências da comunidade científico-política.

Nesta senda, o presente busca analisar quais seriam as contribuições da IA para a efetivação da proteção ambiental condizente com o desenvolvimento sustentável, em especial observando a sua participação na tomada de decisão ambiental. Para tanto, serão observados estudos e relatórios sobre a temática, para que ao final se reconheça de fato que as Inteligências Artificiais têm o poder de alterar a tomada de decisões de entidades públicas e privadas no sentido de buscar a ação mais condizente com o princípio da sustentabilidade. Também, será observado o Cadastro Técnico Multifinalitário (CTM) como um impulsor dos princípios ambientais no âmbito da proteção tecnológica, uma vez que o sistema tem a capacidade de gerenciar uma vasta gama de dados para a gestão urbana municipal, assegurando não apenas uma melhor parametrização do IPTU ecológico, como também auxiliando os agentes competentes na busca pela efetiva tomada de decisão ambiental. Assim, o presente trata-se de uma pesquisa descritiva, utilizando o método de abordagem dedutivo.

2 O PRINCÍPIO DA SUSTENTABILIDADE E A TOMADA DE DECISÃO AMBIENTAL

Inspirados por achados científicos, como o de Rachel Carson em 1962³, ambientalistas clamaram por uma nova ética que fosse capaz de comportar a proteção dos ecossistemas à lógica do crescimento econômico do pensamento cartesiano clássico⁴, que fundava o modelo de desenvolvimento ocidental sobre a premissa de que os recursos naturais – bióticos e abióticos – estariam à disposição do homem para seu livre e indiscriminado desfrute.

Nesse período, a degradação dos ecossistemas já afetava os seres humanos por razão da já avançada industrialização global, inspirada pelo desejo constante de satisfação consumerista⁵. Contudo, a produção de riquezas se mostrou acompanhada da produção de riscos, não apenas com riscos claros e definidos, como também, com riscos que fogem da percepção humana, capazes inclusive de ocultar os responsáveis ou mesmo os afetados⁶.

Consequentemente, os males causados ao ambiente natural passaram a ser motivo de estudo pela comunidade acadêmica internacional, culminando no reconhecimento do “meio ambiente humano, o natural e o artificial, [como] essenciais para o bem-estar do homem e para o gozo dos direitos humanos fundamentais”⁷ e na

³ A obra *Silent Spring* de Rachel Carson é tida como o estopim do ambientalismo moderno por destacar os efeitos colaterais negativos das atividades agropecuárias, especificamente as que utilizam agrotóxicos. Em sua conclusão, a autora descrever que a humanidade deve optar por dois caminhos, “*a smooth superhighway on which we progress with great speed, but at its end lies disaster*”, ou então “*the one “less traveled by” — offers our last, our only chance to reach a destination that assures the preservation of our earth*” (CARSON, Rachel. **Silent Spring**. New York: Mariner Books, 2002, p. 276).

⁴ DESCARTES, René. **Princípios da filosofia**. Tradução de João Gama. Lisboa: Edições 70, 1997.

⁵ BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade Líquida**. Tradução de Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar. 2001. p. 76 e 181.

⁶ BECK, Ulrich. **Risk Society: towards a new modernity**. Tradução de Mark Ritter. Londres: Sage, 1992. p. 19, 21 e 36.

⁷ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS - ONU. **Declaração da Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente Humano**. Estocolmo, 1972. Disponível em: http://www.mma.gov.br/estruturas/agenda21/_arquivos/estocolmo.doc. Acesso em: 09 jun. 2019.

necessidade de observar a sustentabilidade de nossos atos de forma a atender as “necessidades do presente sem comprometer a possibilidade de as gerações futuras atenderem a suas próprias necessidades”⁸.

Tais predicados, conceberam ao Estado de Direito novas feições, agregando um novo desafio existencial ao antigo modelo de Estado, acrescentando aos desafios sociais do mundo contemporâneo a proteção ambiental, e reconhecendo sua dimensão socioambiental em uma “necessária convergência das ‘agendas’ social e ambiental num mesmo projeto jurídico-político para o desenvolvimento humano”⁹.

2.1 O PRINCÍPIO AMBIENTAL E O MOTE PROPULSOR DAS POLÍTICAS ECOLÓGICAS

A faceta multidisciplinar que aprofundou o princípio da sustentabilidade ajuda a promover e descobrir novas fronteiras do pensar verde, como a educação ambiental e o consumo sustentável, condizentes com o bem-estar que as gerações futuras possam usufruir, soterrando, desta forma, as diversas críticas feitas à propositura do princípio em 1972¹⁰ como um mote impulsor das políticas ambientais.

Isto ocorre, pois o conceito de Desenvolvimento Sustentável estabelecido pela Conferência das Nações Unidas sobre Desenvolvimento Sustentável de 1992 (ECO-92) trouxe efetividade para o referido ao interrelacionar a conservação ambiental com a preocupação social e o crescimento econômico, formando o tripé do “economicamente viável, o socialmente justo e o ecologicamente prudente”¹¹.

Neste ínterim, Juarez Freitas descreve o princípio da sustentabilidade como o dever do Estado e da sociedade em concretizar de forma solidária o “[...] desenvolvimento material e imaterial, socialmente inclusivo, durável e equânime, ambientalmente limpo, inovador, ético e eficiente” para assegurar, de forma preventiva e precavida, o direito ao bem-estar no presente e no futuro¹².

Entretanto, apesar dos esforços da comunidade internacional, alguns países têm encontrado dificuldade, ou mesmo resistência, em implementar políticas sustentáveis,

⁸ UNITED NATIONS – UN. **Our common future**. [S.l.], 1987. Disponível em: <https://sustainabledevelopment.un.org/content/documents/5987our-common-future.pdf>. Acesso em: 14 jun. 2021.

⁹ FENSTERSEIFER, Tiago. Estado Socioambiental de Direito e o princípio da solidariedade como seu marco jurídico-constitucional. **Revista Brasileira De Direitos Fundamentais & Justiça**, vol. 2, n. 2, jan./mar. 2008. p. 132-157. Disponível em: <http://dfj.emnuvens.com.br/dfj/article/view/546/95>. Acesso em: 20 abr. 2019.

¹⁰ Apesar de ter sido estabelecido em 1992, na conferência Eco-92 no Rio de Janeiro, o princípio da sustentabilidade é o resultado das preocupações expressas no relatório *Limits to growth* do Clube de Roma e dos ensejos demonstrados pela Declaração da Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente Humano da Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente Humano, ambos de 1972, que destacaram a necessidade da adoção de uma nova ética que atendesse a capacidade de suprir as necessidades da geração atual, sem comprometer a capacidade de atender as necessidades das futuras gerações (UNITED NATIONS – UN. **Report of the United Nations Conference on the Human Environment**. Stockholm, 1972. Disponível em: https://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/CONF.48/14/REV.1. Acesso em: 14 jun. 2021; UNITED NATIONS – UN. **Report of the United Nations Conference on Sustainable Development**. Rio de Janeiro, 2021. Disponível em: https://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/CONF.216/16&Lang=E. Acesso em: 14 jun. 2021; MEADOWS, Donella H. et al. *The Limits to Growth: a Report for the Club of Rome's Project on the Predicament of Mankind*. New York :Universe Books, 1972.. Disponível em: <http://www.donellameadows.org/wp-content/userfiles/Limits-to-Growth-digital-scan-version.pdf><http://www.donellameadows.org/wp-content/userfiles/Limits-to-Growth-digital-scan-version.pdf>. Acesso em: 14 jun. 2021).

¹¹ MILARÉ, Édis. **Direito do ambiente**. ed. 11. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters, Revista dos Tribunais, 2018, p. 1644.

¹² FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade: direito ao futuro**. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 43.

principalmente em períodos de crise, como é o caso da pandemia causada pelo coronavírus de 2019. No Brasil, por exemplo, de acordo com o Relatório Luz de 2020, apenas duas de noventa e uma metas da Agenda 2030 analisadas demonstraram progresso. É relatado também que diversas metas se encontram em retrocesso, ameaçadas e estagnadas¹³.

Tais questões ajudam a sopesar a problemática ambiental ao obscurecer os fatos e enviesar a cognição daqueles que deveriam se preocupar com a tomada de decisão ecológica e sustentável.

2.2 O PRINCÍPIO AMBIENTAL E O MOTE PROPULSOR DAS POLÍTICAS ECOLÓGICAS

A paralisação das políticas sustentáveis se dá em diferentes níveis de cognição por parte dos agentes ambientais e políticos, seja na urgência imediata da realização de políticas econômicas, seja na descrença científica – que tem assustadoramente tomado palanque no debate público.

Neste sentido, salienta-se que a busca pela verdade no âmbito das ciências se faz de forma primorosa, com a utilização de métodos científicos rígidos que resultam em um verdadeiro “tudo ou nada”. No âmbito das ciências climáticas, o mesmo ocorre, pois, apesar de muitos fatores serem obscurecidos pela complexidade de seus arranjos, o pesquisador se utiliza de métodos científicos próprios para analisar o corpo de evidências de forma racional e lógica. Assim, é possível afirmar que a busca pela verdade científica é uma realidade que se realiza na formação de consensos racionalizados e devidamente tratados.

No caso dos estudo dos efeitos e causas climáticas, ainda existem muitos fatores a serem observados. Por exemplo, o próprio Painel Intergovernamental sobre Mudanças Climáticas (sigla em inglês, IPCC) reconheceu que existem períodos da história em que o aquecimento de determinadas regiões tenha se dado de forma distinta daquela reconhecida como determinante: as emissões de gases do efeito estufa (GEE)¹⁴. Entretanto, seria incorreto, ou mesmo atroz, descartar achados científicos tão importantes pelo simples fato de existirem outros aspectos que somam ao resultado climático, devendo, dessa forma, o princípio da precaução imperar.

Neste sentido, conforme primoroso *decisum* de Teori Albino Zavascki, fica claro que as correntes científicas dissidentes não devem ter a aptidão de questionar a

¹³ NAÇÕES UNIDAS – NU. Grupo de Trabalho da Sociedade Civil para a Agenda 2030. **IV Relatório Luz da Sociedade Civil da Agenda 2030**. [S.l.], 2020. Disponível em: https://brasilnaagenda2030.files.wordpress.com/2020/08/por_rl_2020_web-1.pdf. Acesso em: 14 jun. 2021.

¹⁴ O 3º Relatório de Avaliação do IPCC de 2007, que esclarece que as variações glaciais e interglaciais de CO₂ são ainda um problema de atribuição para as alterações climáticas de certos períodos. E, também, pelo reconhecimento, em diversos trechos do relatório síntese do IPCC de 2014, de que existe uma compreensão científica insuficiente para quantificar ou relacionar as causas climáticas (INTERGOVERNMENTAL PANEL ON CLIMATE CHANGE – IPCC. *Climate Change 2007: The Physical Science Basis*. [S.l.]. 2007. Disponível em: https://www.ipcc.ch/site/assets/uploads/2018/05/ar4_wg1_full_report-1.pdf. Acesso em: 07 ago. 2019. p. 446; INTERGOVERNMENTAL PANEL ON CLIMATE CHANGE – IPCC. *Climate Change 2014: synthesis report. Contribution of Working Groups I, II and III to the Fifth Assessment Report of the Intergovernmental Panel on Climate Change*. Organized by R. K. Pachauri and L. A. Meyer. Geneva, 2014. Disponível em: <http://www.ipcc.ch/report/ar5/syr/>. Acesso em: 20 jun. 2018).

legitimidade das normas¹⁵, lembrando-se do *moto perpetuo* que existe na contestação científica e do papel do Direito de trazer certeza e segurança jurídica¹⁶.

De outra forma, nas operações realizadas pelos órgãos e entidades ambientais competentes. No Brasil, exemplificando, o instrumento do licenciamento ambiental exige dos agentes ambientais uma análise que muitas vezes foge de suas capacitações técnicas, restando ao órgão a tomada de decisão sob o fundamento da discricionariedade técnica ou política¹⁷.

Contudo, conforme muito bem elaborado por Cass Sustein, o princípio da precaução não deve ser proposto de forma a paralisar as atividades humanas – lembrando que o princípio não se funda no “risco zero”¹⁸ –, devendo-se adotar uma abordagem mais branda na tentativa de se reduzir os danos de forma sistêmica, levando em consideração os efeitos “relacionados ao risco de ser precavido ou mesmo os relacionados às consequências da redução de riscos”¹⁹.

Evidentemente, tais contornos podem levar à adoção de tomadas de decisões que possibilitem a fragilização dos institutos da proteção ambiental, devendo o aplicador da lei, durante o processo decisório, considerar os princípios da proibição de retrogradação ambiental, do mínimo existencial ecológico, da ponderação e da razoabilidade, dentre outros, para bem lidar com os perigos conhecidos ou aqueles ainda obscurecidos para o bem-estar ecológico.

Nesse íterim, descreve-se que o princípio da proibição de retrogradação é o instrumento que nasce da preocupação com a mutabilidade do direito, pois, conforme a doutrina clássica, “uma geração não pode sujeitar as gerações futuras às suas leis”²⁰, concedendo, dessa forma, ao Direito a capacidade de se adequar às novas realidades e contextos sociais que cada geração enfrenta. Contudo, tais limites implicam na possibilidade de direitos fundamentais serem expurgados de ordenamentos jurídicos que se submetem ao tratamento hediondo de seus governantes.

Logo, o princípio da proibição de retrogradação ambiental busca trazer segurança jurídica à proteção ambiental, reconhecendo a imutabilidade dos direitos devidamente reconhecidos como fundamentais para o ser humano, que não são submetidos ao tempo linear ou kairológicos: de momentos certos ou oportunos²¹.

Nesse contexto, apesar da existência de inúmeros instrumentos essenciais e necessários para a fundamentação das decisões dos agentes competentes pela proteção ambiental, é preciso salientar que o dano ambiental é complexo e multifacetário. Herman Benjamin elucida que a complexidade dos riscos causados ao meio ambiente

¹⁵ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Turmas Reunidas. Embargos Infringentes na Apelação Cível n. 90.04.09456-3. Relator: Des. Fed. Teori Albino Zavascki. Julgado em: 17 out. 1990. Publicado em: 05 dez. 1990. Disponível em: <https://trf4.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/8551603/embargos-infringentes-na-apelacao-civel-eiac-9456-rs-900409456-3-trf4>. Acesso em: 10 set. 2019.

¹⁶ BIM, Eduardo Fortunato. Licenciamento ambiental. 4. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 62.

¹⁷ BIM, Eduardo Fortunato. Licenciamento ambiental. 4. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 62.

¹⁸ ANTUNES, Paulo de Bessa. Direito ambiental. 12. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 29.

¹⁹ SUNSTEIN, Cass R. Laws of fear: beyond the precautionary principle. New York: Cambridge University Press, 2005. p. 49

²⁰ PRIEUR, Michel. O Princípio da Proibição de Retrocesso Ambiental. IN: SENADO FEDERAL. Comissão de Meio Ambiente, Defesa do Consumidor e Fiscalização e Controle. **O Princípio da Proibição de Retrocesso Ambiental**. Brasília: Senado Federal, 2011. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/242559>. Acesso em: 06 jul. 2021.

²¹ MOLINARO, Carlos Alberto. **Direito Ambiental: Proibição de retrocesso**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007.

pela sociedade moderna é tamanha que os torna multifacetários, porquanto, além de fugirem à concepção de barreiras regionais e de tempo, também inviabilizam a determinação do causador ou do sujeito atingido – sendo ele sujeito presente ou futuro, porém, por certo, desprevenido e inconsciente²².

Certamente que o avanço tecnológico tem auxiliado os agentes ambientais a desvendarem certas peculiaridades de cada ecossistema próprio das regiões. Por exemplo, na floresta amazônica, entidades buscam equipamentos de monitoramento de última geração que ajudariam os fiscais a sobrepor a grande incidência de nuvens que acabam por cobrir grande parte do território para os sensores ópticos dos satélites. É o caso dos sistemas de radares²³, que operam em frequências de micro-ondas, não sendo afetados pela cobertura de nuvens, conseguindo fazer o mapeamento de uso do solo e cobertura vegetal²⁴.

Entretanto, tais sistemas de monitoramentos geram uma quantidade de dados esmagadora, salientando inclusive que muitos deles podem sofrer interferência, seja por defeito na calibração dos equipamentos ou mesmo uma leitura equivocada do sistema, o que acaba por limitar a atuação do agente ambiental. A solução tem sido a criação de sistemas capazes de processar tais informações de forma a gerarem um panorama claro suficiente para a devida tomada de decisão.

Neste plano, a Inteligência Artificial tem se demonstrado um instrumento sofisticado e apurado, capaz de superar os desafios administrativos e ajudar profissionais na tomada de decisões de diferentes ramos das organizações sociais, sejam públicas ou privadas. Para Freitas e Bellini, tal ocorre, pois “a IA qualifica, em princípio, a tomada da decisão pública, amparada em evidências científicas, ao viabilizar o escrutínio de dados em profusão, cuja qualidade permanece o nó górdio”²⁵.

3 A TOMADA DE DECISÃO AMBIENTAL ARTIFICIAL

A utilização da IA para a tomada de decisões é um feito realizado desde a década de 1980, quando as entidades privadas, ao perceberem seus benefícios, integraram-na na atividade mercadológica, como nas transações habituais de compra e venda. De acordo com Steiner, neste período, o mercado de ações mostrou-se o ambiente perfeito para que as máquinas automatizadas – independentes da intervenção humana – demonstrassem sua superioridade em relação ao acionista comum, parcial e suscetível²⁶.

Atualmente, as aplicações da IA se expandiram, sendo aplicadas nos mais diferentes ramos da organização social, como na agricultura, analisando os melhores períodos de plantio e colheita, ou mesmo na distribuição de energia elétrica. No Direito,

²² BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcellos. **Responsabilidade civil pelo dano ambiental**. Revista de Direito Ambiental, São Paulo, v. 3, n. 9, p. 5-52, jan./mar. 1998, p. 50.

²³ CENTRO GESTOR E OPERACIONAL DO SISTEMA DE PROTEÇÃO DA AMAZÔNIA - CENSIPAM. **Censipam busca parceria para uso de satélite japonês**. Brasília, 2019. Disponível em: <https://bit.ly/34tKOUg>. Acesso em: 23 jun. 2021.

²⁴ INSTITUTO NACIONAL DE PESQUISAS ESPACIAIS – INPE. **Informativo INPE**. Número 2 de 03 de setembro de 2015. Brasília, 2015. Disponível em: <https://bit.ly/3osOm19>. Acesso em: 23 jun. 2021.

²⁵ FREITAS, Juarez; FREITAS BELLINI, Thomas. **Direito e IA: em defesa do humano**. Belo Horizonte: Fórum, 2020, p. 44.

²⁶ STEINER, Christopher. **Automate This: how algorithms came to rule our world**. New York: Penguin Group, 2012.

não é diferente. Além de suas aplicações de pesquisa nos *smart contracts*, questiona-se sua capacidade de tomada de decisões, mesmo em âmbito jurídico, como em sentenças e demais decisões²⁷.

3.1 A PARTICIPAÇÃO DA INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL NA PROTEÇÃO AMBIENTAL

Questionando sobre a capacidade das Inteligências Artificiais em efetivar a política climática, a Price Waterhouse Coopers (PWC), a pedido da Microsoft, realizou um estudo (MICROSOFT; PWC, 2020), identificando os principais pontos positivos e negativos da aplicação dos sistemas operacionais nos setores essenciais da economia e da sociedade. Denominado *How AI can enable a Sustainable Future*, identificou-se que a utilização da IA para gestão do meio ambiente pode aumentar a média do Produto Interno Bruto (PIB) em até 4% (precisamente de 3,1% até 4,4%), bem como reduzir a emissão de GEE (gases do efeito estufa) em 4% (de acordo com as projeções o valor seria de 1,5% a 4% de redução) para o ano de 2030²⁸.

Especificamente nas regiões centrais e sul do continente americano, as projeções mostram um aumento de 2,2% do PIB e uma redução de 0,9% de GEE. Isto ocorre, pois, conforme apontado pelo estudo, as regiões ao sul da América do Norte apresentam valores menores do que os de outras regiões pelo fato de não usufruírem de tantos recursos tecnológicos quanto as demais²⁹.

Ademais, a utilização da IA tem a capacidade de analisar as imagens de satélites e os dados colhidos por sensores em solo em tempo real, avaliando a aplicação do sistema na proteção das florestas, ao realizar o monitoramento de condições e de escala, podendo ajudar na fiscalização e no combate ao desmatamento ilegal, projetando-se o potencial para preservar até 32 milhões de hectares³⁰.

Entretanto, ainda existem fatores essenciais a serem observados ao lidar com a tecnologia. Por exemplo, conforme estudos, que serão apresentados nos tópicos subjacentes, a Inteligência Artificial é ainda passível de vieses cognitivos, sejam aqueles decorrentes do aprendizado da máquina ou mesmo aqueles codificados no sistema, que poderiam prejudicar a tomada de decisão ambiental e incorrer o agente fiscalizador em erro.

3.2 A PROBLEMÁTICA DA TOMADA DE DECISÃO ARTIFICIAL E O DESENVIESAMENTO DAS TECNOLOGIAS AUTÔNOMAS

É comprovado que a atividade cerebral possui desvios cognitivos que embaraçam nossos julgamento, afetando o ato de interpretar, devendo, portanto, os vieses serem

²⁷ LEITE, Diego Gomes Ferreira. **Reflexões Acerca da Teoria dos Contratos Face à IA e aos Smart Contracts**. 2019. Trabalho de Conclusão de Curso (Especialização em Direito da Propriedade Intelectual). Pós-Graduação Pontifícia Católica do Rio de Janeiro. 2019, p. 62. Disponível em: <https://bit.ly/34sUhLI>. Acesso em: 10 set. 2020.

²⁸ MICROSOFT CORPORATION; PRICE WATERHOUSE COOPERS – PWC. **How AI can enable a Sustainable Future**. Redmond, Washington, 2020, p. 8 e 9. Disponível em: <https://pwc.to/3mpF4RM>. Acesso em: 14 out. 2020.

²⁹ MICROSOFT CORPORATION; PRICE WATERHOUSE COOPERS – PWC, op. cit., p. 9.

³⁰ MICROSOFT CORPORATION; PRICE WATERHOUSE COOPERS – PWC, op. cit., p. 10

levados em conta no processo decisório³¹. Situações similares ocorrem nos processos eletrônicos da IA, como foi possível determinar no caso da Comissão de Equidade Racial do Reino Unido³², onde, por meio de processos computacionais, houve a discriminação de negros e mulheres no processo de seleção da Escola de Medicina inglesa³³.

Nesta senda, é possível determinar que a utilização da IA como instrumento integrante do processo de tomada de decisão é passível de enviesamentos, seja no processo de programação ou de aprendizagem, sendo, portanto, necessário que os programas computacionais passem por um processo desviesaste³⁴, buscando a imparcialidade e afastando as armadilhas cognitivas.

Assim, a Universidade de Chicago, em seu Centro de Ciência de Dados e Políticas Públicas, criou o *Aequitas*, um programa de autoria capaz de avaliar os vieses na programação de sistemas de IA. De acordo com artigo publicado, o programa tem a capacidade de auditar não apenas as ações tendenciosas, como também os resultados que são baseados em suposições falsas ou distorcidas sobre os atributos e grupos³⁵.

Ainda, de acordo com a doutrina, o processamento da auditoria pode ocorrer em três momentos distintos, “seja na programação da IA (*pre-processing approach*), seja no curso do aprendizado (*in-processing approach*), seja nas correções posteriores (*post-processing approaches*)”³⁶.

Portanto, conforme é possível se conceber, a auditoria dos sistemas de inteligências artificiais se faz imprescindível para a tomada de decisões administrativas, ainda mais se tratando de matérias sensíveis à população, como é o caso da criação de ações e políticas públicas condizentes com o princípio da sustentabilidade.

4 DO USO DA INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL NO IPTU ECOLÓGICO

É consagrada a clara inter-relação entre tributação e sustentabilidade ambiental. De um relacionamento visto com desconfiança passou-se a aceitação inequívoca da relação positiva decorrente do uso da extrafiscalidade ambiental. A sustentabilidade sagrou-se como diretriz, objetivo e fundamento constitucional de um desenvolvimento socialmente inclusivo, durável e equânime, como bem assegura Juarez Freitas.

A proteção ambiental longe de se configurar como um capítulo do texto constitucional, se eleva como princípio inarredável, que irradia efeitos sobre todos os aspectos da ordem econômica e social.

A proteção ambiental concretizar-se-á mediante a atuação direta do Estado, com medidas compensatórias ou punitivas, mas igualmente, com o recurso a ações

³¹ CALIENDO, Paulo. Algoritmos, vieses e tributação. **Interesse Público**, ano 21, n. 123, set./out. 2020. Disponível em: <https://www.forumconhecimento.com.br/periodico/172/41981/92400>. Acesso em: 17 jun. 2021.

³² UNITED KINGDOM. Commission for Racial Equality. **Medical School Admissions**: Report of a formal investigation into St. George's Hospital Medical School. Commission For Racial Equality, 1988.

³³ FREITAS; FREITAS BELLINI, op. cit, p. 95.

³⁴ FREITAS; FREITAS BELLINI, op. cit, p. 99.

³⁵ SALEIRO, Pedro et al. Centro de Ciência de Dados e Políticas Públicas. **Aequitas**: A Bias and Fairness Audit Toolkit. Universidade de Chicago, 2018. Disponível em: <https://arxiv.org/pdf/1811.05577.pdf>. Acesso em: 17 jun. 2021, p. 4.

³⁶ FREITAS; FREITAS BELLINI, op. cit, p. 96.

indutoras, que premiam atividades positivas e desestimulam externalidades ambientais negativas.

O tributo passa a revelar-se como um poderoso instrumento de indução, por meio da internalização do custo social das condutas econômicas no preço de produtos e processos. Há o denominado fenômeno da dupla finalidade da tributação ambiental. De um lado, irá ocorrer a arrecadação de recursos da incidência dos tributos e, de outro lado, haverá o estímulo a determinados comportamentos.

A tributação, na teoria fiscal clássica, era meio e fundamento para a geração de recursos necessários ao financiamento dos direitos fundamentais. Arrecadava-se para financiar gastos com a reparação ou proteção ambiental. A tributação extrafiscal ambiental irá somar uma nova funcionalidade: a indução de comportamentos. Essa função será em alguns casos mais relevante do que arrecadar tributos e, pelo contrário, quanto menor a arrecadação de determinado tributo ambiental indutor, maior seria o seu efeito definidor da conduta dos agentes econômicos. O objetivo pretendido de proteção ambiental se alcançaria com uso generalizado de um meio de produção sustentável, subsidiado por alíquotas mais atrativas.

Nabais, em relação a essa segunda funcionalidade da tributação, elucida que a extrafiscalidade:

“(...) tem por finalidade principal ou dominante a consecução de determinados resultados económicos ou sociais através da utilização do instrumento fiscal e não a obtenção de receitas para fazer face às despesas públicas. Trata-se assim de normas (fiscais) que, ao preverem uma tributação, isto é, uma ablação ou amputação pecuniária (impostos), ou uma não tributação ou uma tributação menor à requerida pelo critério da capacidade contributiva, isto é, uma renúncia total ou parcial a essa ablação ou amputação (benefícios fiscais), estão dominadas pelo intuito de actuar directamente sobre os comportamentos económicos e sociais dos seus destinatários, desincentivando-os, neutralizando-os, nos seus efeitos económicos e sociais ou fomentando-os, ou seja, de normas que contêm medidas de política económica e social”.

Nabais realiza uma distinção entre a eficácia temporal da fiscalidade e da extrafiscalidade. A primeira seria um instrumento mediato de otimização dos direitos fundamentais, enquanto a segunda possibilitaria imediatamente a sua efetividade.

A extrafiscalidade se caracteriza como o uso de meios tributários para alcançar fins não-tributários, assim o controle da adequação de meios e fins deve ter essa dupla perspectiva. De um lado, a estrita obediência aos princípios constitucionais e as limitações ao poder de tributar e, de outro lado, o controle finalístico.

A extrafiscalidade exige um adequado controle da pertinência dos meios tributários escolhidos, permanência de efeitos pretendidos e da concordância prática entre os meios tributários utilizados e dos fins não tributários almejados. O uso da extrafiscalidade ambiental deve ser pautada pela necessidade, suficiência e subsidiariedade, ou seja, a medida deve se relevar importante e necessária. De tal modo, que outro meio mais adequado não seja preterido inadvertidamente. Deve ser suficiente, de modo a alcançar os efeitos pretendidos e não irradiar efeitos não desejados superiores aos bem provocado. Por fim, deve ser subsidiária, sendo utilizada

somente quando outra forma menos complexa, mais neutra, menos gravosa e mais eficiente possa ser utilizada. Assim, a escolha pública ambiental entre investimentos e indução de comportamentos de agentes econômicos deve ser pautada por critérios claros de aferição, considerando as consequências práticas da decisão e a proteção inarredável dos direitos fundamentais.

O uso de Inteligência Artificial aplicada ao Direito Tributário ambiental possui todas as credenciais para possibilitar o exame mais preciso dos elementos necessários à tomada de decisão ambiental. Afinal, as escolhas públicas ambientais são permeadas de diversos e difíceis questionamentos. Qual seria a melhor escolha? Investir em gastos ambientais diretos ou estimular comportamentos? A quantidade de informações necessárias para uma escolha dessas demanda enorme capacidade de processamento e acurada possibilidade de predição. Tal exigência não se configura como ato discricionário do administrador, mas como comando inafastável previsto pela Lei de Introdução às Normas de Direito brasileiro, que em seu art. 20 determina que “*nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão*”.

Ressalta ao debate a possibilidade de utilização de IA para melhor, mais eficiente e mais equânime determinação da base de cálculo do IPTU. Este é um dos mais importantes impostos municipais, contudo, é igualmente um dos mais complexos na determinação de sua base de cálculo.

A base de cálculo do IPTU é o valor venal do imóvel, para efeito de sua utilização, exploração, aformoseamento ou comodidade. Considera-se valor venal (lat. *vēnālis*) o preço alcançado em operações de compra e venda, em regime de mercado imobiliário, regido em condições normais. Não se confunde com o preço contratual, de mercado ou com o preço convencionado, mas como o valor alcançado pela administração pública conforme os métodos e normas definidas em lei municipal.

A lei deve, por sua vez, esclarecer quais são os critérios e parâmetros que determinam o valor venal de um imóvel, tais como: preços imobiliários correntes; preço de reposição do bem, considerando-se o custo dos materiais e do terreno e os padrões de construção; características topográficas do terreno (testada, profundidade, superfície etc.) e o valor urbanístico-ambiental (localização, bairro, melhorias próximas etc.). Não existe, contudo, uma norma geral tributária que determine a definição e o alcance do conceito de valor venal, para fins de determinação da base de cálculo, de tal modo que compete à legislação municipal determinar de modo incontestado este conceito fundamental à tributação e seus parâmetros.

A individualização do preço é um dever impossível de ser realizado pela administração fiscal e fere o princípio da praticabilidade. Pior ainda, torna-se uma tarefa hercúlea a possibilidade de determinação concreta de fatores (conceito legal, métodos e parâmetros) à edição de uma Planta Genérica de Valores.

A tributação mais eficiente da propriedade será aquela que não distorcer o mercado imobiliário, gerando negócios em áreas especialmente pelo impacto fiscal do IPTU e não pela melhor localização do bem. No entanto, deve existir uma justa repartição do ônus de financiar os serviços públicos municipais aliada à meta de redução de desigualdades e redistribuição de riqueza.

Ao lado da determinação concreta da base de cálculo do IPTU e de seu impacto na justa repartição dos encargos fiscais na cidade, tem surgido uma nova preocupação relativa ao uso de informações imobiliárias como auxiliares ao planejamento urbano.

Tem-se claro que a sistemática do IPTU veda o uso instrumentos de critérios distintos do valor venal do imóvel, por ofensa direta ao texto constitucional e às normas gerais previstas no CTN. Por outro lado, o conjunto imenso de dados decorrentes da planta de valores do IPTU alcança ao gestor municipal um valioso material de análise para o desenvolvimento mais adequado e conforme de políticas públicas ambientais, de mobilidade urbana, de segurança pública, educação e um sem fim de análises, que hoje escapam do horizonte da administração municipal.

A planta de valores do IPTU pode estar na base do que se denomina *Cadastro Técnico Multifinalitário* (CTM), entendido como um sistema de registro dos elementos espaciais, de natureza descritiva e geográfica. Trata-se de um poderoso instrumento de análise e planejamento urbano, socioeconômico e de viés ambiental, que se orienta pela ideia de sustentabilidade do espaço municipal³⁷.

O *Cadastro Multifinalitário* pode possuir múltiplas funções, dentre as quais se destaca a possibilidade fornecer informações aos processos de tomada de decisões inerentes ao planejamento e à gestão urbanos³⁸.

No que diz respeito mais especificamente ao planejamento urbano, o CTM pode ser considerado um modelo descritivo do espaço urbano. Modelos descritivos, como o próprio nome diz, são representações simplificadas de uma determinada realidade com vistas a descrevê-la para que seja possível manipulá-la. Eles são necessários, por exemplo, para a construção de modelos explanatórios (ou teorias) sobre os sistemas urbanos.

O uso intensivo de dados confiáveis permitirá o planejamento de cidades mais inclusivas, inteligentes (*smart cities*), inovadoras e sustentáveis. Desse modo, o uso inteligência artificial poderá ocupar um papel relevante na proteção ambiental, seja na utilização para melhor parametrização do IPTU ecológico ou para o uso de informações que visem a melhoria da tomada de decisões ambientais municipais.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme é possível contemplar pelo todo apresentado, a utilização da Inteligência Artificial nas tomadas de decisões ambientais se faz necessária e urgente. As possibilidades são diversas, porém, no atual panorama, é possível descrever que a tecnologia tem o condão de sobrepor a política ambiental às políticas contrárias ao desenvolvimento sustentável, que primam pela recompensa imediata sem pensar nas consequências futuras.

Neste sentido, a utilização de sistemas especializados, como é o caso Cadastro Técnico Multifinalitário, nos permite perceber que os novos sistemas tecnológicos, em

³⁷ BLACHUT, T. et al. Cadastre as a basis of a general land inventory of the country. In: Cadastre: various functions characteristics techniques and the planning of land record system. Canada: National Council, 1974.

³⁸ LOCH, Carlos. Cadastro técnico multifinalitário: instrumento de política fiscal e urbana. In: ERBA, Diego Alfonso; OLIVEIRA, Fabrício Leal; LIMA JUNIOR, Pedro (org.) Cadastro multifinalitário como instrumento de política fiscal e urbana. Rio de Janeiro: 2005. p. 71 – 99.

especial a inteligência artificial, possibilitam a aproximação de diferentes ramos da administração pública à sustentabilidade e auxiliam os agentes competentes na tomada de decisão ambiental.

De fato, a contemporaneidade da temática impõe certas limitações aos debates, uma vez que a utilização da Inteligência Artificial ainda se encontra nos estágios iniciais de utilização em massa. Porém, cabe ao pesquisador o emprego dos métodos disponíveis para a concepção de cenários previsíveis e prováveis, nos quais, de forma cautelosa, expressa suas preocupações.

Contudo, faz-se necessário observar que, apesar dos benefícios que a Inteligência Artificial possa propiciar aos ecossistemas, há ainda a necessidade de se criar mecanismos de auditoria e fiscalização capazes de identificar as falhas de programação, seja na programação da IA (*pre-processing*), seja no curso do aprendizado (*in-processing*), que possibilitem a concessão de benefícios às atividades humanas em detrimento do equilíbrio ecológico.

Referências

ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito ambiental**. 12. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade Líquida**. Tradução de Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar. 2001.

BECK, Ulrich. **Risk Society: towards a new modernity**. Tradução de Mark Ritter. Londres: Sage, 1992.

BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcellos. Responsabilidade civil pelo dano ambiental. **Revista de Direito Ambiental**, São Paulo, v. 3, n. 9, p. 5-52, jan./mar. 1998.

BIM, Eduardo Fortunato. **Licenciamento ambiental**. 4. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

BLACHUT, T. et al. Cadastre as a basis of a general land inventory of the country. In: **Cadastre: various functions characteristics techniques and the planning of land record system**. Canada: National Council, 1974.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei n. 21/2020**. Estabelece princípios, direitos e deveres para o uso de inteligência artificial no Brasil, e dá outras providências. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/propostas-legislativas/2236340>. Acesso em: 07 jul. 2021.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Turmas Reunidas. **Embargos Infringentes na Apelação Cível n. 90.04.09456-3**. Relator: Des. Fed. Teori Albino Zavascki. Julgado em: 17 out. 1990. Publicado em: 05 dez. 1990. Disponível em: <https://trf4.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/8551603/embargos-infringentes-na-apelacao-civel-eiac-9456-rs-900409456-3-trf4>. Acesso em: 16 jun. 2021.

CALIENDO, Paulo. Algoritmos, vieses e tributação. **Interesse Público**, ano 21, n. 123, set./out. 2020. Disponível em: <https://www.forumconhecimento.com.br/periodico/172/41981/92400>. Acesso em: 17 jun. 2021.

CARSON, Rachel. **Silent Spring**. New York: Mariner Books, 2002.

CENTRO GESTOR E OPERACIONAL DO SISTEMA DE PROTEÇÃO DA AMAZÔNIA - CENSIPAM. **Censipam busca parceria para uso de satélite japonês**. Brasília, 2019. Disponível em: <https://bit.ly/34tKOUg>. Acesso em: 23 jun. 2021.

DESCARTES, René. **Princípios da filosofia**. Tradução de João Gama. Lisboa: Edições 70, 1997.

FENSTERSEIFER, Tiago. Estado Socioambiental de Direito e o princípio da solidariedade como seu marco jurídico-constitucional. **Revista Brasileira De Direitos Fundamentais & Justiça**, vol. 2, n. 2, jan./mar. 2008. p. 132-157. Disponível em: <http://dfj.emnuvens.com.br/dfj/article/view/546/95>. Acesso em: 20 jun. 2021.

FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade: direito ao futuro**. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

FREITAS, Juarez; FREITAS BELLINI, Thomas. **Direito e IA: em defesa do humano**. Belo Horizonte: Fórum, 2020.

INSTITUTO NACIONAL DE PESQUISAS ESPACIAIS – INPE. **Informativo INPE**. Número 2 de 03 de setembro de 2015. Brasília, 2015. Disponível em: <https://bit.ly/3osOm19>. Acesso em: 23 jun. 2021.

INTERGOVERNMENTAL PANEL ON CLIMATE CHANGE – IPCC. **Climate Change 2007: The Physical Science Basis**. [S.l.]. 2007. Disponível em: https://www.ipcc.ch/site/assets/uploads/2018/05/ar4_wg1_full_report-1.pdf. Acesso em: 20 jun. 2021.

INTERGOVERNMENTAL PANEL ON CLIMATE CHANGE – IPCC. **Climate Change 2014: synthesis report**. Contribution of Working Groups I, II and III to the Fifth Assessment Report of the Intergovernmental Panel on Climate Change. Organized by R. K. Pachauri and L. A. Meyer. Geneva, 2014. Disponível em: <http://www.ipcc.ch/report/ar5/syr/>. Acesso em: 20 jun. 2021.

LEITE, Diego Gomes Ferreira. **Reflexões Acerca da Teoria dos Contratos Face à IA e aos Smart Contracts**. 2019. Trabalho de Conclusão de Curso (Especialização em Direito da Propriedade Intelectual). Pós-Graduação Pontifícia Católica do Rio de Janeiro. 2019, p. 62. Disponível em: <https://bit.ly/34sUHLI>. Acesso em: 24 jun. 2021.

LOCH, Carlos. Cadastro técnico multifinalitário: instrumento de política fiscal e urbana. In: ERBA, Diego Alfonso; OLIVEIRA, Fabrício Leal; LIMA JUNIOR, Pedro (org.) **Cadastro multifinalitário como instrumento de política fiscal e urbana**. Rio de Janeiro: 2005. p. 71 – 99.

MEADOWS, Donella H. et al. **The Limits to Growth**: a Report for the Club of Rome's Project on the Predicament of Mankind. New York :Universe Books, 1972.. Disponível em: <http://www.donellameadows.org/wp-content/userfiles/Limits-to-Growth-digital-scan-version.pdf><http://www.donellameadows.org/wp-content/userfiles/Limits-to-Growth-digital-scan-version.pdf>. Acesso em: 14 jun. 2021).

MICROSOFT CORPORATION; PRICE WATERHOUSE COOPERS – PWC. **How AI can enable a Sustainable Future**. Redmond, Washington, 2020, p. 8 e 9. Disponível em: <https://pwc.to/3mpF4RM>. Acesso em: 15. jun. 2021.

MILARÉ, Édis. **Direito do ambiente**. ed. 11. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters, Revista dos Tribunais, 2018.

MOLINARO, Carlos Alberto. **Direito Ambiental**: Proibição de retrocesso. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007.

NAÇÕES UNIDAS – NU. Grupo de Trabalho da Sociedade Civil para a Agenda 2030. IV **Relatório Luz da Sociedade Civil da Agenda 2030**. [S.l], 2020. Disponível em: https://brasilnaagenda2030.files.wordpress.com/2020/08/por_rl_2020_web-1.pdf. Acesso em: 14 jun. 2021.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS - ONU. **Declaração da Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente Humano**. Estocolmo, 1972. Disponível em: https://www.defensoria.ms.def.br/images/nudedh/sistemas_onu/21_-_declara%C3%A7%C3%A3o_de_estocolmo_sobre_o_meio_ambiente_humano_-_1972_-_OK-compactado.pdf. Acesso em: 10 jun. 2021.

PRIEUR, Michel. O Princípio da Proibição de Retrocesso Ambiental. IN: SENADO FEDERAL. Comissão de Meio Ambiente, Defesa do Consumidor e Fiscalização e Controle. **O Princípio da Proibição de Retrocesso Ambiental**. Brasília: Senado Federal, 2011. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/242559>. Acesso em: 06 jul. 2021.

SALEIRO, Pedro et al. Centro de Ciência de Dados e Políticas Públicas. **Aequitas: A Bias and Fairness Audit Toolkit**. Universidade de Chicago, 2018. Disponível em: <https://arxiv.org/pdf/1811.05577.pdf>. Acesso em: 17 jun. 2021, p. 4.

SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. **Direito Constitucional Ecológico**. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

STEINER, Christopher. **Automate This**: how algorithms came to rule our world. New York: Penguin Group, 2012.

SUNSTEIN, Cass R. **Laws of fear**: beyond the precautionary principle. New York: Cambridge University Press, 2005.

THE FUTURE OF LIFE INSTITUTE (FLI). **Research Priorities for Robust and Beneficial Artificial Intelligence: An Open Letter**. Boston: The Future of Life Institute, 2015. Disponível em: <https://futureoflife.org/ai-open-letter/>. Acesso em: 07 jul. 2021.

UNITED KINGDOM. Commission for Racial Equality. **Medical School Admissions**: Report of a formal investigation into St. George's Hospital Medical School. Commission For Racial Equality, 1988. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/pdf/community.28327674.pdf>. Acesso em: 14 jun. 2021.

UNITED NATIONS – UN. **Our common future**. [S.l.], 1987. Disponível em: <https://sustainabledevelopment.un.org/content/documents/5987our-common-future.pdf>. Acesso em: 14 jun. 2021.

UNITED NATIONS – UN. **Report of the United Nations Conference on Sustainable Development. Rio de Janeiro, 2021**. Disponível em: https://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/CONF.216/16&Lang=E. Acesso em: 14 jun. 2021.

UNITED NATIONS – UN. **Report of the United Nations Conference on the Human Environment. Stockholm, 1972**. Disponível em: https://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/CONF.48/14/REV.1. Acesso em: 14 jun. 2021.



RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA DAS PLATAFORMAS DE MARKETPLACE NO COMÉRCIO EXTERIOR ELETRÔNICO

*Marcos Aurélio Pereira Valadão¹,
Ana Clarissa Masuko dos Santos Araújo²*

RESUMO

O trabalho analisa a questão das técnicas de tributação que se adaptem à economia digital, à luz do princípio da praticabilidade, das peculiaridades do comércio eletrônico, dos debates internacionais e das propostas de reforma tributária no Brasil.

A responsabilização tributária das plataformas digitais não enfrenta resistências, por ser eficaz como técnica de arrecadação, em um setor que sofre de crescente evasão fiscal, além de proteger as empresas domésticas, em particular os varejistas de lojas físicas. Ademais, é uma decorrência natural do protagonismo que exerce nas operações de comércio eletrônico, porque são grandes detentoras e gestoras de dados.

Contudo, a legitimação dessa estrutura de tributação depende da proporcionalidade do ônus conferidos às plataformas de *marketplace*, afetando a neutralidade tributária, a eficiência, a segurança jurídica, a igualdade e o próprio desenvolvimento da economia digital.

PALAVRAS-CHAVE: Comércio exterior eletrônico. Responsabilidade tributária. Plataformas digitais.

TAX LIABILITY OF MARKETPLACE PLATFORMS IN ELECTRONIC FOREIGN TRADE

ABSTRACT

The work analyzes the question of taxation techniques that adapt to the digital economy, in light of the principle of practicality, the peculiarities of electronic commerce, international debates and the proposals for tax reform in Brazil.

The tax liability of digital platforms faces no resistance, as it is effective as a collection technique, in a sector that suffers from increasing tax evasion, in addition to protecting domestic companies, in particular retailers of physical stores. Furthermore, it is a natural consequence of the leading role it plays in e-commerce operations, because they are large data holders and managers.

¹ Pós-Doutor em Direito (UnB, 2017), Doutor em Direito pela Southern Methodist University - EUA (SMU, 2005) - (título revalidado pela UnB). Possui graduação em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Goiás (PUC-GO, 1993), especialização em Administração Tributária (PUC-GO, 1991), MBA- Executivo em Finanças pelo IBMEC (1996), é Mestre em Direito pela Universidade de Brasília (UnB, 1999). Membro do Steering Group of the South Centre Tax Initiative for International Tax Cooperation (2018 - ...). Professor da Escola de Políticas Públicas e Governo da Fundação Getulio Vargas em Brasília-DF. Ex-Auditor Fiscal da Receita Federal do Brasil (aposentado). Ex Coordenador-Geral de Relações Internacionais da Receita Federal do Brasil. Ex-Presidente da 1ª Seção, e da 2ª Câmara da 3ª Seção do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais do MF (CARF) (mar 2012 - jul/2017).

² Possui graduação em Direito com habilitação em Direito Empresarial pela Universidade de São Paulo, mestrado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo; Doutora pela Universidade de São Paulo; Pós-doutora pela Universidade Católica de Brasília/CAPES.

However, the legitimacy of this tax structure depends on the proportionality of the burden on marketplace platforms, affecting tax neutrality, efficiency, legal certainty, equality and the very development of the digital economy.

KEYWORDS: Electronic foreign trade. Tax liability. Digital platforms.

INTRODUÇÃO

A economia digital surgiu no seio das grandes transformações promovidas pela informação e tecnologias de comunicação, que ficaram mais acessíveis e amplamente padronizadas, melhorando os processos de negócios e reforçando a inovação em todos os segmentos econômicos.

Nas últimas décadas do século XX, os grandes avanços nas áreas de computação, transporte, telecomunicações, comércio eletrônico, possibilitaram que os consumidores buscassem bens e as empresas insumos, mais distantes e atender mercados mais amplos.

A *internet* promoveu uma radical transformação no comércio de serviços ao permitir a dissociação do momento do fornecimento do serviço em relação ao do consumo, tornando desnecessária a presença física do tomador e do prestador para a prestação. As mudanças tecnológicas e a intensificação do processo de globalização produtiva, comercial e financeira, fortaleceram o fluxo de serviços, especialmente nas áreas de transporte, consultoria, comunicações, ampliando o seu mercado internacional.

Ademais, as ferramentas tecnológicas criadas pelas plataformas de comércio digitais ou *marketplaces*, permitiram o surgimento ou repaginação do comércio internacional eletrônico de bens corpóreos, com intensidade sem precedentes.

A evolução da tecnologia aumentou a capacidade dos consumidores fazerem compras no exterior e a capacidade de empresas venderem por todo o mundo, na medida em que se prescinde da presença no país do consumidor.

De acordo com levantamento feito pela Organização para a Cooperação e o Desenvolvimento Econômico - OCDE, dois terços de todas as vendas transfronteiriças de mercadorias do comércio eletrônico são realizadas por meio da *internet*. Em 2016 estimou-se, com base pesquisa realizada pela *McKinsey* para a União Europeia, que as vendas no comércio eletrônico *business to consumer* ou B2C movimentavam cerca de US\$ 2 trilhões anualmente, com projeções de alcançar US\$ 4,5 trilhões até 2021, dos quais US\$ 1 trilhão é estimado em países transfronteiriços.³

O emprego da *internet* no comércio internacional de bens pode se apresentar, em princípio, de duas formas, de acordo com Ángeles García Frías⁴:

³ WCO Cross-Border E-Commerce Framework of Standards, p.13. Disponível em: http://www.wcoomd.org/-/media/wco/public/global/pdf/topics/facilitation/activities-and-programmes/e-commerce/wco-framework-of-standards-on-crossborder-e-commerce_en.pdf?la=en.

Acesso em 29/10/2020.

⁴ FRIAS, Angeles García. *La tributación indirecta del comercio electrónico en la Unión Europea a raíz de la Directiva 2002/38/CE*. TÓRRES, Heleno Taveira. Direito Tributário Internacional Aplicado – Vol.II, São Paulo: Quartier Latin, 2003, p.509.

i. comércio *off line*: como meio para se fazer o pedido, o pagamento, a publicidade, porém o bem adquirido é corpóreo ou a prestação de serviço é presencial, valendo-se de meios tradicionais de entrega, como os serviços postais e de *courier*;

ii. comércio *on line*: como canal para a própria aquisição do bem, como também para a entrega, pois o bem é totalmente incorpóreo, como são as músicas, filmes, *softwares*.

O comércio *off line*, indubitavelmente, que inclui a realidade dos serviços *cross border*, traz embaraços mais contundentes ao controle e administração tributária, pois a ausência de vínculos com o território e o *déficit* de rastreabilidade dificultam a localização do tomador ou do prestador vendedor.

Com efeito, tanto na tributação direta quanto indireta, o comércio internacional de bens incorpóreos desafia o arcabouço dos ordenamentos jurídicos existentes, demandando a ruptura com tradicionais conceitos e institutos da tributação internacional, sendo, portanto, o principal foco de debates da atualidade.⁵ Os negócios de *cloud computing*, cujo fluxo é totalmente intangível, são exemplos emblemáticos de como o comércio *on line* traz barreiras inéditas à tributação.

Ao comércio *off line* a aplicação de normas jurídicas de comércio internacional também encontra desafios, embora possam ser considerados menores. Enquanto o comércio *on line* é uma realidade social totalmente nova para o comércio internacional, as plataformas de *marketplaces* transformaram a forma tradicional de se fazer o comércio internacional.

De acordo com a Organização Mundial das Alfândegas – OMA⁶, o comércio exterior que doravante se denomina de *off line*, tem como características:

- realização de pedidos *online*, venda, comunicação e, caso aplicável, pagamento;
- transações/remessas transfronteiriças;
- objeto são bens corpóreos; e
- o destinatário é consumidor/comprador (comercial e não comercial).

Observe-se que o enfoque do presente trabalho é o comércio *off line*, de bens corpóreos, embora não se ignore o forte crescimento no comércio de serviços e intangíveis, sobre os quais a ausência de tributação é muito mais frequente, devido à complexidade de se apreender operações totalmente incorpóreas.

Ademais, da mesma forma não se ignora que economia digital trouxe um inédito modelo de negócios, também intermediado por meio de plataformas digitais: a chamada “*sharing economy*” ou “*economia compartilhada*”. Essas operações, normalmente voltadas à prestação de serviços, como transportes, hotelaria, entrega de comida, que são presenciais e prestados, portanto, na forma tradicional, tem como diferencial a intermediação, pelas plataformas digitais, entre diversos prestadores e os

⁵ Nesse sentido, SEGURA, José Sevilla. *Política y Técnica Tributarias*. Madrid: Instituto de Estudios Fiscales, 2004, p.473.

⁶ World Customs Organization. WCO Cross-Border E-Commerce Framework Of Standards, 2018, p.08. Disponível em: http://www.wcoomd.org/-/media/wco/public/global/pdf/topics/facilitation/activities-and-programmes/ecommerce/wco-framework-of-standards-on-crossborder-ecommerce_en.pdf?la=en Acesso em 29/10/2020.

respectivos tomadores, possibilitando, ainda, sistemas de avaliação de qualidade, mecanismos de garantia de segurança para os consumidores.

O comércio *off line* para pessoas físicas ou de vendas a varejo, também conhecido como B2C, foi profundamente alterado pela tecnologia das plataformas digitais, que atuam como intermediárias, entre compradores e fornecedores de bens e serviços.

Esses embaraços não são tão acentuados em operações B2B (*business to business*). O controle das operações, especialmente nos tributos plurifásicos não-cumulativos de tipo “IVA”, conta com o “efeito recuperação”, a fiscalização cruzada, com o pagamento do imposto no momento da venda do bem, contabilidade das aquisições, os contratos, enfim, há maior documentação das operações.

A primeira ação do *Base Erosion and Profit Shifting* –BEPS⁷, da OCDE, teve como escopo identificar os desafios decorrentes da economia digital na aplicação das regras para tributação direta e indireta e sugerir meios para contorná-los. Em vista desses grandes desafios, o tema perpassa todos os planos de ação do BEPS e ainda está pendente de proposta definitiva, embora tenha produzido algumas diretivas.⁸

Por outro lado, a demora na obtenção de consenso e a velocidade intensa das alterações dos modelos de negócios digitais impeliu alguns países a optarem por medidas unilaterais endereçadas à economia digital, no intento de reduzir a erosão de suas bases tributáveis.

Os tributos do tipo “*Digital Service Tax – DST*”, com uma configuração de retenção na fonte de percentuais sobre a receita bruta, de remessas relativas a negócios digitais, podem ser considerados a medida mais controversa e disruptiva cultivada no bojo da discussão da tributação da economia digital.

Os relatórios referentes ao *Action 1* do BEPS também identificaram as dificuldades das administrações tributárias em cobrar o IVA no comércio internacional B2C, considerando que a OCDE mantém a orientação de estabelecer o princípio do destino, como critério de conexão para a tributação indireta.⁹

A pulverização dessa forma de comércio, hoje formada por milhões de pequenos comerciantes que operam por meio das plataformas de *marketplace*, gerou grande erosão tributária, além da competição agressiva com as formas tradicionais de comércio. Acresça-se que esse nicho de mercado é extremamente concentrado: de acordo com pesquisa realizada pela *International Post Corporation* - IPC, baseada na

⁷ Que pode ser traduzido como “erosão de base e transferência de lucros”, plano de ação da OCDE em conjunto com os países do G-20, publicado em 2013, que objetivou adotar medidas para harmonização da legislação tributária internacional, para o combate de planejamentos tributários agressivos. As ações do BEPS foram deflagradas por conta da perda de arrecadação tributária global, que, em 2013, foi estimada em 4 a 10% da renda global, devido à atuação das corporações que orientam seus investimentos por razões meramente fiscais, resultando em ineficiência na alocação de recursos globais.

⁸ Após o relatório preliminar de 2015, foi publicado um segundo report em 2018. Ver OECD. *Tax Challenges Arising from Digitalisation – Interim Report 2018: Inclusive Framework on BEPS*, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project. Paris: OECD Publishing, 2018. Disponível em <http://dx.doi.org/10.1787/9789264293083-en>. Acesso em 29/10/2020.

⁹ No bojo do Inclusive Framework, relativamente ao imposto de renda (ou tributação direta), as propostas resultaram em dois pilares (pilar um com uma abordagem unificada da renda mundial, distribuída entre as jurisdições) e o pilar dois focado em tributação local quando as outras jurisdições não tributam minimamente, diminuindo o efeito BEPS. O processo resultante de uma série de reuniões e consultas, está em andamento. Para mais detalhes, ver <https://www.oecd.org/tax/beps/beps-actions/action1/> Acesso em 29/10/2020.

análise de 41 mercados, em 2018, *Amazon, AliExpress, eBay e Wish* foram responsáveis por 64% do volume do comércio exterior eletrônico.¹⁰

No início de 2019, o Fórum Global sobre IVA da OCDE em *Melbourne*, na Austrália, apresentou um relatório sobre a responsabilidade das plataformas de *marketplace* no recolhimento do IVA, denominado “*The Role Of Digital Platforms In The Collection Of VAT/GST On Online Sales*”¹¹.

O relatório trouxe novas medidas para tornar os mercados de comércio eletrônico responsáveis pelos tributos indiretos sobre as vendas feitas por comerciantes *on-line* por meio de plataformas, além de formas de compartilhamento de dados, cooperação entre administrações tributárias e mercados *on-line*.

A OCDE defende, ainda, a redução e/ou eliminação dos limites das isenções para importações de bens de baixo valor e que a simplificação para o formato MOSS (mini-balcão único), adotado pela União Europeia, abranja todos os bens e serviços.

Essas importações de pequeno valor compradas pela *internet*, principalmente oriundas da China, conhecido também como operações de “*camelô eletrônico*”, tornaram-se um problema global. Além de se valerem das isenções para importações de pequeno valor (no Brasil, o equivalente a US\$50, por exemplo), trazem grandes prejuízos para os serviços postais dos países importadores, pois não seguem os padrões para a cobrança de encomendas registradas.¹²

Ainda hoje muitas jurisdições aplicam isenção para importações de mercadorias de pequeno valor, pois é comum que os custos administrativos para a cobrança sejam maiores que o valor do tributo propriamente dito.

Todavia, a alavancagem desse tipo de comércio, possibilitado pelas plataformas de *marketplace*, geraram volume financeiro suficiente para impactar na base tributárias dos países, criando incentivos para os fornecedores domésticos se mudarem para jurisdições *offshore*, além da preocupante concorrência agressiva com o comércio varejista local e postos de trabalho.

Nessa esteira, o presente trabalho analisa a solução que vem sendo adotada pelos países, recomendada pela OCDE, de criar a responsabilidade tributária às plataformas de *marketplace* pelo recolhimento dos tributos incidentes sobre as importações no comércio eletrônico *off line*, sob a perspectiva do princípio da praticabilidade e seus limites.

1. ACERCA DO PRINCÍPIO DA PRATICABILIDADE E ECONOMIA DIGITAL

O sistema jurídico no mister de regular as condutas intersubjetivas constitui mecanismos de simplificação, para efetivamente alcançá-las, guerreando a infinita

¹⁰ IPC *Cross-Border E-Commerce Shopper Survey* 2018; Disponível em: <https://www.ipc.be/services/markets-and-regulations/cross-border-shopper-survey/2018> . Acesso em 29/10/2020.

¹¹ OECD (2019), *The Role of Digital Platforms in the Collection of VAT/GST on Online Sales*, OECD, Paris. Disponível em: <https://www.oecd.org/tax/consumption/the-role-of-digital-platforms-in-the-collection-of-vat-gst-on-online-sales.pdf> . Acesso em 29/10/2020

¹² No Brasil, em 2018, os Correios estimaram que o subsídio para entregas postais de fornecedores da China era de cerca de R\$ 1 bilhão por ano. “Correios subsidiam 'camelô eletrônico’”. Daniel Rittner e Andréa Jubé, Valor Econômico, de 12/03/2018. Disponível em: <https://www.oecd.org/tax/consumption/the-role-of-digital-platforms-in-the-collection-of-vat-gst-on-online-sales.pdf> . Acesso em 29/10/2020

complexidade da realidade social, que não pode ser apreendida em sua inteireza. Sempre haverá tensão entre o Direito e o dado da realidade, devendo prevalecer a funcionalidade da norma jurídica.

Na elaboração de normas jurídicas o legislador elegerá aspectos de eventos sociais para a sua composição, sempre através de aproximações, pois o Direito não toca a realidade. O fato jurídico é recortado dos eventos sociais, em função das valorações contidas nas normas gerais e abstratas, através de um processo de individuação, que implica em processo lógico classificatório da realidade.

Não existe o fato típico na realidade, pois essa é uma construção conceitual.¹³ A norma geral e abstrata conterà na sua hipótese fática dados que a realizarão, pela subsunção ou aplicação, ao suporte fático, permitindo a deflagração da causalidade jurídica.

Na seara da tributação a falta de estrutura das administrações tributárias para fazer face à complexidade das relações econômicas, impõe a criação de mecanismos que confirmam praticidade ao desígnio. As técnicas convergentes ao atendimento desse desígnio se reúnem em um regime jurídico que a doutrina convencionou denominar de princípio de praticidade ou praticabilidade.

Para Regina Helena Costa a praticabilidade é categoria lógico-jurídica, não jurídico-positiva, pois “essa noção antecede o próprio Direito posto, correspondendo a exigência do senso comum”¹⁴, que tem como fundamento o princípio da supremacia do interesse público sobre o privado ou do interesse coletivo.¹⁵

A praticabilidade da tributação é princípio que congrega regras veiculadoras de “abstrações generalizantes fechadas”, tais como presunções, ficções, enumerações taxativas, que garantem a execução eficiente e econômica das normas tributárias, ou seja, sua aplicação em massa.¹⁶

Misabel Derzi denomina a situação de incapacidade da administração tributária para gestão e fiscalização da tributação de “estado de necessidade administrativo”, que decorre da complexidade da legislação tributária, sua falta de sistematização, insuficiência de estrutura da máquina administrativa, ausência de adaptação da produção legislativa a mutações sociais e econômicas.¹⁷ O estado de necessidade administrativo implica a desproporção entre os deveres da administração tributária para a fiscalização e aplicação das normas tributárias e os meios de que dispõe para a sua realização.

Como solução são concebidas técnicas de simplificação e padrões com vistas à eficácia e execução das normas tributárias, relativizando as distinções entre manifestações de capacidade contributiva, em prol de aplicação normativa mais

¹³ Conforme leciona Lourival Vilanova. Causalidade e Relação no Direito. 4a ed. rev.amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p.144.

¹⁴ COSTA, Regina Helena. Praticabilidade e Justiça Tributária. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 53.

¹⁵ Ibidem, p.93.

¹⁶ DERZI, Mizabel de Abreu Machado. Legalidade Material, Modo de Pensar “Tipificante” e Praticidade no Direito Tributário. Justiça Tributária – direito do fisco e garantias dos contribuintes nos atos da administração e no processo tributário. I Congresso Internacional de Direito Tributário do Instituto de Estudos Tributários – IBET. São Paulo: Max Limonad, 1998, p.638.

¹⁷ DERZI, Misabel. Direito Tributário, Direito Penal e Tipo. 2a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 338.

funcional. Regimes de tributação como o Simples Nacional, lançamentos por estimativas, substituições tributárias, legitimam-se como forma de carrear recursos ao Estado para o cumprimento de suas funções sociais.

O princípio da praticabilidade, contudo, deve se harmonizar com o da igualdade, como uma forma indireta de sua realização, pois, segundo Klaus Tipke, a generalização permite que as leis sejam aplicadas a todos.¹⁸

Com efeito, o princípio da praticabilidade deve se acomodar a outros princípios e regras de tributação, pois a eficiência não pode ser tomada como um fim em si mesmo. Nas palavras de Humberto Ávila “o dever de eficiência não cria poder inexistente nem amplia poder existente; ele apenas estrutura a aplicação dos princípios tributários dentro do âmbito do poder atribuído pelas regras”.¹⁹

Nesse contexto, Regina Helena Costa elenca limites para o princípio da praticabilidade, dentre os quais, podem ser mencionados²⁰: veiculação por lei; observância do princípio da capacidade contributiva; transparência no emprego das técnicas; observância do princípio da razoabilidade; justificativa como medida necessária para o controle administrativo; observância do equilíbrio na implementação da gestão tributária; respeito a direitos e princípios fundamentais.

Na tributação indireta o alcance da capacidade contributiva do consumidor é tarefa extremamente complexa devido à capilaridade dessas relações, assim o legislador poder vale-se de técnicas de simplificação, como mecanismos de substituição tributária, ficção criada pelo Direito em prol da praticabilidade. Nas palavras de Alfredo Becker, abandona-se a realidade

que normalmente deveria figurar no polo negativo da relação jurídica tributária do imposto de consumo a saber, o consumidor, e, abandonando essa realidade, cria conscientemente uma falsidade: põe, em lugar do consumidor, o produtor, criando a ficção do consumidor.²¹

A esses desafios que comumente já eram de difícil transposição, especialmente com países como o Brasil em que as estruturas das administrações tributárias já se mostravam insuficientes em face do volume de operações, somam-se as novas dificuldades trazidas pela economia digital.

O instrumental tecnológico da economia digital permitiu que diversas operações que antes somente eram realizadas presencialmente, pudessem ser realizadas remotamente, trazendo os entraves da intangibilidade e falta de vínculos dos operadores com o território, para a tributação. A necessidade de criação de técnicas veiculadoras de simplificação, crescerão na mesma medida em que as relações jurídicas se desprendem dos territórios e da corporeidade dos bens.

¹⁸ TIPKE, Klaus. **Princípio da Igualdade e Ideia de Sistema no Direito Tributário**. trad. Brandão Machado. Estudos em Homenagem ao Prof. Ruy Barbosa Nogueira. Coord. Brandão Machado. São Paulo: Saraiva, 1984, p. 518.

¹⁹ ÁVILA, Humberto de Souza. **Teoria da Igualdade Tributária**. 3ª ed., São Paulo: Malheiros, 2015, p. 176

²⁰ COSTA, Regina Helena. **Praticabilidade e Justiça Tributária**. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 211-220.

²¹ BECKER, Alfredo Augusto. **Teoria Geral do Direito Tributário**. 4ªed., São Paulo: Noeses, 2007, p.555.

Destarte, quanto menos dados da realidade possam ser apreendidos para a aplicação da norma jurídica, maior a demanda pela utilização de técnicas legislativas que se valham de presunções, ficções e abstrações generalizantes.

A intangibilidade, tema essencial na economia digital encontrará no ambiente das técnicas simplificadoras, a possibilidade de edificação de seu regime jurídico, considerando-se a relação direta entre a dificuldade ou impossibilidade de rastreabilidade dos fatos imponíveis, com a utilização dos referidos instrumentos.

O grande contraponto é que da mesma forma que a economia digital inovou totalmente a forma de fazer negócios, essas mesmas tecnologias guarnecem as administrações tributárias para o enfrentamento das erosões das bases tributárias.

O que hoje se constata em diversas economias do globo é que novas propostas surgem de fiscalização e arrecadação, através do uso intensivo de tecnologias, como o *blockchain*, desenvolvimento de sofisticados sistemas informatizados de gestão tributária, aplicação de conceito de *big data* e inteligência artificial, para o tratamento de dados dos contribuintes, que são obtidos em volume crescente, a partir de mecanismos de nota fiscal eletrônica, sistemas informatizados de escrituração e contabilidade, exemplificativamente.

Para que se possa endereçar adequadamente os desafios que a economia digital traz à tributação indireta, Rifat Azam e Orly Mazur²² propõem três conjuntos de reformas, quais sejam, tecnologias e intermediários para melhorar o sistema de IVA baseado em registro; sistemas de *blockchain* em tempo real para o recolhimento do tributo e uso de intermediários de pagamento para a arrecadação.

Os novos empregos de tecnologia, ao mesmo tempo que pressionaram os sistemas de impostos de consumo, também podem auxiliar na sua solução, sendo fundamental que os países implementem novas soluções tecnológicas.

O princípio da praticabilidade também contará com o componente tecnológico, convergentes com técnicas de arrecadação, como se verifica, hialinamente, nas hipóteses de transferência da arrecadação dos tributos indiretos a intermediários das operações, detentores de dados das operações, suficientes para deflagração da tributação.

A atribuição de responsabilidade tributária à plataforma digital de *marketplace* no comércio eletrônico é técnica de praticabilidade que viabiliza a operacionalidade e eficácia da arrecadação, confere a precisão à aplicação das normas jurídicas tributárias e, por conseguinte, ambiente de segurança jurídica aos contribuintes.

Ademais, a experiência internacional demonstra que, imbrincada à responsabilidade tributária de intermediários, está a necessidade de desenvolvimento de tecnologias que permitam registros simplificados, possibilitando a instrumentalização dessas alterações do polo passivo.

Cada um desses dois pontos, serão abordados a seguir.

²² AZAM, Rifat and Mazur, Orly, **Cloudy with a Chance of Taxation**. (November 26, 2018). Florida Tax Review, Forthcoming, SMU Dedman School of Law Legal Studies Research Paper No. 411 p. 39. Disponível em SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3290444>. Acesso em 29/10/2020.

2. PRINCÍPIO DA PRATICABILIDADE E A RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA DAS PLATAFORMAS DE *MARKETPLACE*

Tradicionalmente se entende que nos tributos indiretos se objetiva onerar o consumidor e não o empresário, embora, por motivos de praticabilidade, ao se estruturar a tributação, impõe-se a este último a responsabilidade pelo recolhimento das exações, no momento da realização dos fornecimentos dos bens e serviços, com a possibilidade de repassar o ônus financeiro aos respectivos consumidores.

Ao se estruturar a tributação são erigidas técnicas aptas a viabilizar o alcance do escopo da administração tributária, sempre mantendo como racionalidade subjacente, a busca da capacidade contributiva do consumidor final, que se materializa pela sua capacidade de consumo. Nesse contexto, a despeito de o critério material das normas impositivas referirem-se à circulação ou à produção, ao fim e ao cabo, o fato jurídico objeto da norma jurídica é o consumo.

No caso do ICMS, exemplificativamente, tributo indireto plurifásico e não-cumulativo, embora uma de suas hipóteses de incidência seja a circulação de mercadorias, visa gravar o consumo. O consumidor final é contribuinte de fato, sendo o(s) contribuinte(s) de direito, o(s) fornecedor(es) que participem da cadeia do bem.

De acordo com a premissa do trabalho, a hipótese de recolhimento do ICMS pelo fornecedor e não o consumidor, já seria, a rigor, uma técnica de praticabilidade por si, considerando que o fato tributado é o consumo ou a renda dispendida com o consumo. Entretanto, é interessante observar que se popularizou no ICMS uma técnica que gera simplificação ainda maior – a substituição tributária. Em mercadorias cujas cadeias de produção ou comercialização sejam longas, atribui-se a um dos intervenientes da cadeia produtiva, a responsabilidade por apurar e recolher os tributos devidos em etapa anteriores ou posteriores.

A técnica de substituição tributária difundiu-se largamente, sob as justificativas de facilidade de controle das obrigações ativas, rastreabilidade das operações, facilidade de apuração e recolhimento de tributo relacionado com mercadorias ou produtos de fácil circulação (cosméticos, bebidas, alimentos e derivados do fumo, por exemplo), além da eficiência na arrecadação nas operações interestaduais.

A racionalidade inerente à responsabilização tributária das plataformas de *marketplace* é a mesma, ou seja, aplicando-se o princípio da praticabilidade, prestando-se como instrumento de combate à sonegação e eficiência na arrecadação, impõe-se a sujeito que não é o contribuinte, a obrigação pelo recolhimento do crédito tributário.

A inclusão das plataformas de *marketplace* no polo passivo da obrigação tributária permite que as autoridades fiscais concentrem seus esforços de fiscalização, desviando o foco da extrema pulverização de pequenos comerciantes que operam por meio daqueles.

Ademais, a técnica institui uma hipótese de responsabilidade tributária sem que se altere a condição de contribuinte dos adquirentes das mercadorias, mantendo-se, por conseguinte, o princípio do destino como critério de conexão dessas operações, pois os tributos são recolhidos ao país de importação.

A tributação indireta tem como critérios de conexão os princípios da origem e do destino que determinarão a competência tributária no plano internacional. Sob o princípio da origem, a competência tributária é atribuída ao país de onde provém as mercadorias, ou seja, tributam-se as exportações e desoneram-se as importações; sob o princípio do destino, de maneira inversa, a tributação é alocada no país de importação, ao mesmo tempo que deve ser desonerada a carga tributária sobre o bem exportado.²³

A determinação da competência tributária fundada no destino melhor se acomoda à racionalidade própria dos tributos indiretos, que devem onerar o consumo, que, por sua vez, nas operações de comércio exterior, ocorre no país de destino do bem. Clara Sullivan afirma que o princípio do destino constitui o método lógico de operacionalizar a tributação indireta, se esta tiver como diretriz de política fiscal, o princípio do benefício ou da capacidade de pagamento. Ao se buscar captar a capacidade contributiva do consumidor, não há razão para que se tributem as exportações.²⁴

Note-se, ainda, que as plataformas de *marketplace*, a despeito de serem uma grande inovação da economia digital, ontologicamente, nada mais são do que a versão atual dos mercados, concebidos pela economia como o grupo de compradores e vendedores, que determinam a oferta e demanda de bens e serviços²⁵.

A ideia tradicional de mercado, embora possa se identificar com a de um ambiente físico onde se encontram compradores e vendedores, tem no canal que os une, elemento não essencial do conceito, desde que possa se dar os intercâmbios entre seus agentes. É dizer, numa acepção lata, mercados possibilitam o encontro entre a oferta e a demanda, ainda que sem oferecer espaço físico para tanto.

No caso das plataformas a tecnologia trouxe protagonismo ao “mercado” sem precedentes. As plataformas de *marketplace* possibilitaram a reunião em ambiente virtual, de diversos compradores e vendedores; conectam oferta e demanda, considerando dois níveis de acesso, para a oferta dos vendedores e para os clientes visualizarem as ofertas.

A tecnologia dessas plataformas implementou modelos de negócios em que se permite grande aproximação de vendedores, especialmente os de pequeno porte, com os consumidores. Mecanismos que possibilitam comparar fornecedores em vista de suas necessidades pessoais, condições de preço, marcas e lojas, por exemplo, são facilidades oferecidas.

Para os fornecedores, especialmente os pequenos, a “vitrine virtual” das plataformas permite que se reduzam investimentos em propaganda e tecnologias, além da chancela de credibilidade que confere aos intermediados. Ainda, é comum que as plataformas ofereçam serviços da logística para a entrega dos produtos, além de

²³ XAVIER, Alberto. **Direito Tributário Internacional do Brasil**. 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p.226-230.

²⁴ SULLIVAN, Clara K., *El Impuesto sobre el Valor Añadido*. Tradução de Antonio García de Blas. Madrid: Instituto de Estudios fiscales, 1978, p. 94-95. No mesmo sentido, EBRILL, Liam; KEEN et. al. *The Modern VAT. Washington: International Monetary Fund*, 2001, p.176.

²⁵ MANKIWI, N.Gregory. **Introdução à Economia: princípios de micro e macroeconomia**, 2ª ed., Rio de Janeiro: Elsevier, 2001, p.66.

sistemas de pagamento, o que permite que os compradores e vendedores possam se sentir seguros na realização das operações.

Portanto, a performance das plataformas, que invariavelmente é o único ponto de contato entre vendedor e consumidor final, a quantidade de dados que detêm sobre as operações, confere-lhe o atributo de ser um meio eficiente e eficaz para coletar o tributo incidente sobre as operações.

Nesses termos, a eleição da plataforma como responsável, observa a lógica de manter uma conexão forte ou uma relação mais significativa, com a relação jurídica tributária, de um terceiro. Esse aspecto converge com a praticabilidade, ao determinar que a legislação deverá empregar mecanismos e técnicas que otimizem a arrecadação e com os menores custos de conformidade para os sujeitos passivos.

A OCDE recomenda a adoção da responsabilidade tributária das plataformas digitais de forma exclusiva, mas oferecendo alternativas como a solidariedade com o fornecedor, a depender de condições específicas de cada país ou legislação, como também considerando as funcionalidades e configurações das próprias plataformas. Como opção, também a OCDE entende possível determinar a obrigação de fornecimento de informações por uma plataforma digital relevantes para a tributação, sem que se lhe atribua papel na cobrança do imposto.²⁶

No Report de 2018 da Ação 1 do BEPS, é informado que se lê:

302. Further ongoing work to promote the consistent implementation and operation of the recommended rules across jurisdictions focuses on the role of online platforms and other intermediaries in the VAT collection process, with an emphasis on the design and implementation of measures to secure the efficient and effective collection of VAT on the trade generated and executed by platforms and intermediaries. **A number of jurisdictions have started collecting VAT from digital platforms and have reported positive outcomes in securing additional tax revenues. Some jurisdictions are also following in this direction and some others are expected to do so in the future.**²⁷ (Grifou-se).

No caso de análise de atribuição de responsabilidade tributária exclusiva, deve ser verificado se a plataforma tem acesso a informações suficientes e se possui os meios para efetuar o recolhimento.

Rifat Azam e Orly Mazur²⁸ propõem que os intermediários responsáveis pelos pagamentos, como as empresas de cartão de crédito, sejam também responsáveis pelo pagamento de tributos, especialmente nos casos do comércio *on line*, nos quais os bens transacionados, são incorpóreos, como as transações de *cloudy computing* e outras

²⁶ OCDE. *The Role Of Digital Platforms In The Collection Of VAT/GST On Online Sales*, p. 49. Disponível em: <https://www.oecd.org/tax/consumption/the-role-of-digital-platforms-in-the-collection-of-vat-gst-on-online-sales.pdf>. Acesso em 29/10/2020.

²⁷ OECD. **Tax Challenges Arising from Digitalisation – Interim Report 2018**: Inclusive Framework on BEPS, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project. Paris: OECD Publishing, 2018, p. 105. Disponível em <http://dx.doi.org/10.1787/9789264293083-en> Acesso em 29/10/2020.

²⁸ AZAM, Rifat and Mazur, Orly, **Cloudy with a Chance of Taxation**, p.39. (November 26, 2018). Florida Tax Review, Forthcoming, SMU Dedman School of Law Legal Studies Research Paper No. 411. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3290444>. Acesso em 29/10/2020.

transações remotas e digitais. Dada a dificuldade de rastreabilidade dessas operações, tais intermediários, teriam, em regra, maior acesso a dados sobre o consumidor.

Entretanto, como já ressaltado anteriormente, a tributação de bens intangíveis gera dificuldades adicionais para a tributação, que não se replicam no comércio *off line* e que podem em grande parte ser solucionados com a colocação da plataforma de *marketplace* como intermediária responsável pelo tributo, e que, muitas vezes, intermedia os pagamentos, também.

No Brasil, como referido, são fortemente difundidas as técnicas de redução simplificada, como imperativo da própria configuração da realidade brasileira, em que há uma defasagem ou insuficiência de estrutura administrativa tributária em face do volume de operações, em grande extensão territorial, além de alta complexidade da legislação tributária.

Em um momento em que a sociedade brasileira debate a reforma tributária, que deveria ser ampla e passar por todo o edifício do sistema tributário nacional, não se pode perder no meio da vasta abrangência de temas discutidos, problemas especificamente relacionados à economia digital.

Sabe-se que os debates de reforma tributária no Brasil gravitam em torno de questões que estão em estágios anteriores em relação a diversos outros países do mundo. O “salto de modernidade” necessário, passa, primeiramente, pela sistematização da tributação indireta no Brasil, por uma melhor equalização entre receitas oriundas da tributação direta e indireta, pela redução dos encargos sobre a folha de salários, dentre outros.

Mas, certamente, para que a nossa reforma tributária não nasça “velha”, deve-se ter no radar esses atuais debates do direito tributário internacional, que hoje são de interesse de todas as economias, sejam os países desenvolvidos ou em desenvolvimento. As propostas apresentadas de emenda constitucional em tramitação no Congresso Nacional carregam o linguajar e a base conceitual ainda calcadas nos modelos negociais da metade do século XX (as mesmas da Emenda 18/65 à Constituição de 1946) - urge que se atualize também o arcabouço conceitual.

Todas as economias sofrem erosão de suas bases tributárias pela atuação de um pequeno grupo de empresas, as chamadas gigantes de tecnologia, que atuam com total desprendimento dos territórios.

O reverso da moeda da falta de adequação das administrações tributárias à economia digital é o fato de que muitos operadores econômicos enfrentam incertezas, pesados encargos de conformidade e potencial dupla tributação, ao tentar cumprir suas obrigações tributárias.

Dentre as diversas propostas de reforma tributária, mas não em forma de emenda constitucional, foi apresentado projeto de lei que se refere à unificação das contribuições sociais aos Programas de Integração Social e de Formação do Patrimônio do Servidor Público – PIS/PASEP e à Contribuição para Financiamento da Seguridade

Social- Cofins. Trata-se do Projeto de Lei 3887/2020.²⁹ No bojo dessa proposta (arts. 5º, 6º, 65, inciso V, e 72, inciso II) insere-se a inovação de responsabilização das plataformas digitais sediadas no exterior pelo recolhimento da nova contribuição, nas hipóteses de importações de mercadorias e serviços.

A responsabilidade tributária proposta nos moldes desse projeto de lei está em sintonia com as discussões mundiais sobre o tema e combate um problema que assola o País, que é uma das maiores bases de consumo no mundo para essa modalidade de operações.

A legislação tributária brasileira já se vale fortemente de técnicas de implementação de praticabilidade na fiscalização e arrecadação e nesse caso, estaria, em princípio, de acordo com o art.128 do Código Tributário Nacional, ao prever a responsabilidade tributária para aquele que embora não tenha realizado o fato gerador, é terceira pessoa vinculada.

Não se pode deixar de sublinhar, ainda, que a responsabilização tributária das plataformas de *marketplace* que até a pouco tempo era uma figura que inexistia no comércio internacional, é uma decorrência intuitiva e natural do modelo de negócio.

A relação que as plataformas mantêm com os negócios por ela intermediados, que, invariavelmente, não se limita à aproximação da oferta e demanda, permite que centralize e disponha de uma massa de dados que se coaduna perfeitamente às necessidades da arrecadação tributária. A possibilidade de gestão de dados e os algoritmos cada vez mais sofisticados das plataformas digitais, aliás, são a própria razão da existência dos seus negócios.

Os intermediários nas operações de comércio eletrônico, em geral, coletam, armazenam e atualizam informações relacionadas aos seus clientes e geralmente, possuem informações necessárias para o processamento de pagamento. Esses dados são, em regra, suficientes para o cumprimento da obrigação tributária no país do consumidor.

Por outro lado, apesar de, conceitualmente, não se verificar maiores óbices para essa responsabilidade tributária, o ponto mais sensível seria a forma de sua implementação, na medida em que para que se concretize, é preciso que plataformas que atuam em âmbito global, possam ser aptas a fazer o recolhimento de tributos considerando as regras de diversos países, sem que os custos de conformidade sejam tão pesados que inviabilizem o negócio.

3. REGISTROS SIMPLIFICADOS PARA INSTRUMENTALIZAR A RESPONSABILIDADE DAS PLATAFORMAS DE *MARKETPLACE*

A existência de modelos simplificados de registro e conformidade e na responsabilidade da plataforma digital é condição *sine qua non* para a implementação e sucesso da medida. Portanto, a OCDE é enfática sobre as questões relacionadas aos custos de conformidade, estabelecendo diretivas correlatas para os países que desejam

²⁹ CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Projeto de Lei 3887/2020**. 2020. Disponível em <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2258196>. Acesso em 29/10/2020.

estabelecer essas estruturas, cujas origens remontam à *Ottawa Conference on Electronic Commerce*, de 1998.

Com a revolução do comércio eletrônico nos anos 90, o mundo passou a repensar as regras para a sua tributação. Em 1998 foi realizada a *Ottawa Conference on Electronic Commerce*, pelo Comitê de Assuntos Fiscais da OCDE, da qual se originou a *Ottawa Taxation Framework Conditions*. Na senda da Conferência de Ottawa, a OCDE ampliou o escopo de pesquisa, desenvolvendo as *International VAT/GST Guidelines*, para orientar a edificação da legislação interna dos países, com vistas à eliminação dos riscos de múltiplas tributações ou da não –tributação, na aplicação dos tributos indiretos no comércio internacional.³⁰

Para o comércio eletrônico intermediado pelas plataformas, a OCDE recomenda que as estruturas de conformidade observem os princípios estabelecidos pela *Ottawa Taxation Framework Conditions*, ao estruturar e implementar as medidas políticas e administrativas. Em linhas gerais, as condições estabelecidas em Ottawa são as seguintes³¹:

- Neutralidade: a tributação deve procurar ser neutra e equitativa entre as formas de comércio eletrônico e entre as formas convencional e eletrônica de comércio, de forma que os agentes econômicos se norteiem por considerações econômicas, não tributárias;

- Eficiência: os custos de conformidade das empresas e os custos administrativos para as autoridades fiscais devem ser minimizados na medida do possível;

- Certeza e simplicidade: as regras tributárias devem ser claras e simples de entender, para que os contribuintes possam antecipar as obrigações tributárias, podendo prever quando, onde e como o imposto deve ser contabilizado;

- Efetividade e justiça: a tributação deve exigir e viabilizar a quantidade adequada de imposto, devendo ser minimizado o potencial de evasão fiscal e mantendo medidas de contrapartida proporcionais aos riscos envolvidos;

- Flexibilidade: os sistemas tributários devem ser flexíveis e dinâmicos para que acompanhem o desenvolvimento tecnológico e comercial.

Assim, um sistema que permita a reunião dessas características em sua funcionalidade, é o grande desafio para o comércio eletrônico nesse estágio. E o resultado para a arrecadação com a implementação nesses termos, é demonstrada pela experiência europeia, que tem avançado no desenvolvimento tecnológico do portal para o cadastramento simplificado de IVA.

Na União Europeia o regime *Mini-One Stop Shop*, conhecido como MOSS, teve origem em 2004, ocasião em que a Comissão Europeia apresentou uma proposta legislativa para um novo regime de obrigações acessórias para empresas que operassem em mais de um Estado-Membro, designado por *One-Stop-Shop- OSS*.

³⁰ OECD(2017), *International VAT/GST Guidelines*, OECD Publishing, Paris. Disponível em <https://doi.org/10.1787/9789264271401-en>. Acesso em 29/10/2020.

³¹ *Electronic Commerce: Taxation Framework Conditions. A Report by the Committee on Fiscal Affairs*, 1998, p. 4. Disponível em: <https://www.oecd.org/ctp/consumption/1923256.pdf> . Acesso em 29/10/2020.

Nesse regime os fornecedores B2C apenas precisam se registrar em um Estado-Membro, valendo-se de um único número de cadastro no IVA, de forma que o imposto seja cobrado à taxa do país de destino e a receita coletada pelo país de estabelecimento do fornecedor, mas enviada ao país de destino.

A proposta apenas foi aprovada no “*VAT Package*” de 2008, contudo, com menor abrangência do que inicialmente almejado. O regime restringiu-se a serviços fornecidos eletronicamente, sendo denominado, portanto, de *Mini-One-Stop-Shop – MOSS*, que entrou em vigor em 2015. Nos serviços tais como de telecomunicações, radiodifusão, hospedagem de *sites*, acesso a base de dados, *streaming* de músicas, fornecimento de *softwares*, jogos *on line*, ensino à distância, permitiu-se que os fornecedores se registrem em uma jurisdição, evitando assim a necessidade de se registrar para o IVA em cada Estado-Membro em que possui clientes, conferindo grandes ganhos de arrecadação e redução de custos conformidade³².

O êxito do regime MOSS, reconhecido pela OCDE, determinou que seja um dos pilares para as próximas reformas no IVA europeu, ao lado de mecanismos de combate à fraude, maior consistência e menos burocracia. Quanto ao primeiro, a ideia é que se estenda o regime MOSS para modernizar o IVA ao comércio eletrônico B2C *crossborder* e nesses termos, está se incrementando o portal do IVA europeu, concebido como uma ferramenta simplificada para a cobrança do IVA no Estado do consumidor final, ampliando a abrangência do regime MOSS.³³

Em 2017, a União Europeia adotou novas regras sobre o IVA, incluindo-se comércio eletrônico B2C, a serem implementadas paulatinamente, com a previsão da aplicação estendida do regime MOSS para 2021. O comércio exterior de mercadorias será tratado como um “fornecimento tributável único” e o registro do IVA será efetivado através de um portal *online* uniforme no bloco. O vendedor cobrará o IVA no Estado de destino.

Para que possa ser viabilizada essa estrutura de recolhimento de tributos, em face da ausência de estabelecimento nos respectivos territórios dos fornecedores estrangeiros, são necessárias ferramentas tecnológicas, como cadastros perante as administrações tributárias do país do consumidor, como no MOSS, cujo cadastro é simplificado e *on line*.

O uso de tecnologia para registros simplificados e a responsabilidade tributária de intermediários das operações, têm sido o principal foco da União Europeia e dos trabalhos da OCDE, em grande parte em virtude do grande sucesso alcançado pelo sistema MOSS.

Nessa mesma toada, os Estados Unidos implementaram sistema de registro simplificados para arrecadação do *Retail Sale Tax- RTS*, como alternativa aos seus

³² COMISSÃO EUROPEIA DIREÇÃO-GERAL DA FISCALIDADE E DA UNIÃO ADUANEIRA FISCALIDADE INDIRETA E ADMINISTRAÇÃO FISCAL **Guia do minibalcão único do IVA**. Bruxelas, 2013. Disponível em: https://ec.europa.eu/taxation_customs/business/vat/telecommunications-broadcasting-electronic-services/sites/mossportal/files/taxud-2013-01228-02-01-pt-tra-00-pt.pdf. Acesso em 29/10/2020.

³³ HADZHIEVA, Eli. **Impact of Digitalisation on International Tax Matters- Challenges and Remedies**, p.95-98. Policy Department for Economic, Scientific and Quality of Life Policies Directorate-General for Internal Policies. Study requested by the European Parliament's Committee on Financial Crimes, Tax Evasion and Tax Avoidance. February 2019. Disponível em: <https://www.europarl.europa.eu/cmsdata/161104/ST%20Impact%20of%20Digitalisation%20publication.pdf>. Acesso em 29/10/2020.

regimes de conformidade tradicionais, no *Streamlined Sales and Use Tax Agreement and remitting the tax on foreign suppliers* (SSUTA), que entrou em vigor em 2005. O SSUTA foi concebido para simplificar, modernizar as vendas e usar a administração tributária nos Estados para reduzir substancialmente a carga de conformidade tributária.

Embora o cadastramento no SSUTA seja voluntário, fornece uma série de incentivos para o registro, isenção de taxas de registro; procedimentos simplificados, maior possibilidade de compensação. Embora ainda não se tenha dados mais precisos sobre os efeitos desse mecanismo, já se apura incremento na arrecadação e granjeia adesão crescente entre as empresas.³⁴

Observe-se que a Suprema Corte americana, em 2018, ao decidir o caso *Wayfair*³⁵, estabeleceu um novo paradigma de tributação indireta para o comércio eletrônico. Anteriormente a esse julgamento, entendia-se que as transmissões de bens realizadas por entidades não residentes, de forma remota, a consumidores de um estado a partir de outro estado (*online* ou antigamente, pelos correios) não estavam sujeitas ao imposto sobre o consumo, constituindo-se em uma espécie de benefício fiscal ao comércio *online*.

Contudo, no caso do estado *South Dakota versus Wayfair* (empresa de comércio *online* de produtos para o lar), entendeu-se que era injusta a impossibilidade de impor às entidades não residentes obrigatoriedade de cobrar, recolher e entregar o imposto ao Estado da venda, pois a explosão do comércio *online* provocou profunda erosão da base tributável, causando perda de receitas fundamentais para assegurar os serviços públicos.³⁶

A partir desse precedente, há uma profunda mudança de paradigma para a tributação indireta americana, seguindo-se a tendência global.

Outro ponto a se atentar é que a mudança nos procedimentos administrativos aduaneiros não deve gerar custos de conformidade demasiadamente onerosos para as plataformas, incentivar o cumprimento dos deveres instrumentais; ao mesmo tempo, devem ser concebidos desincentivos para a não-conformidade, como a interrupção do despacho simplificado e direcionamento para procedimentos ordinários de importação.

As medidas domésticas devem ser, ainda, amparadas por transparência nas comunicações, através da cooperação administrativa internacional, com compartilhamento de informações entre autoridades, como também para se estabelecer estratégias de comunicação para a conformidade das plataformas. A dificuldade de acesso a informações sobre obrigações tributárias para empresas que

³⁴ HELLERSTEIN, W., BUYDENS, S.; KOULOURI D. Simplified registration and collection mechanisms for taxpayers that are not located in the jurisdiction of taxation: A review and assessment, p.18. OECD Taxation Working Papers, No. 39, OECD Publishing, Paris, 2018. Disponível em <https://doi.org/10.1787/64bcf5de-en>. Acesso em 29/10/2020.

³⁵ SUPREME COURT OF THE UNITED STATES. *South Dakota v. Wayfair, Inc., et al.* No. 17–494. Argued April 17, 2018—Decided June 21, 2018. Disponível em: https://www.supremecourt.gov/opinions/17pdf/17-494_j4el.pdf. Acesso em 29/10/2020.

³⁶ Sobre esse tema, CARVALHO, Filipe Covas. O Caso Wayfair: Conceito de Nexo nos EUA, Lições para a Tributação Directa e para a Tributação da Economia Digital. Revista Electrónica de Fiscalidade da Associação Fiscal Portuguesa- AFP (2019) Ano I – Número 1, Lisboa, 2019. Disponível em: <https://www.afp.pt/revista/edicoes/625-revista-electronica-de-fiscalidade-da-afp-ano-i-n-1-2019?start=7>. Acesso em 29/10/2020.

atuam comércio exterior eletrônico, em várias jurisdições, demanda a disponibilidade de orientações acessíveis e de fácil compreensão para os fornecedores estrangeiros.

A OMA reconhece os embaraços às administrações aduaneiras para a exigência de tributos relativa a um grande número de remessas de comércio exterior eletrônico de valor relativamente baixo, também emitiu algumas orientações aos países importadores, dentre as quais, modelos de estreita cooperação para troca de informações, modelos alternativos de cobrança de tributos específicos para essas operações, fornecimento de informações relevantes *online*, permissão de tipos de pagamento flexíveis, garantia de transparência em seus processos.

Da mesma forma, a OMA recomenda às aduanas, levando em consideração o rápido crescimento nos volumes de comércio exterior eletrônico, prazos curtos para intervenção e falta de transmissão de dados oportuna e precisa em alguns modelos de negócios, soluções modernas e apropriadas que são mais eficazes para responder às expectativas da indústria e dos consumidores em termos de movimento seguro, protegido e rápido e entrega de remessas. Nesse sentido, recomenda procedimentos de desembaraço simplificados para liberação imediata de remessas de baixo risco na chegada ou partida, expansão do regime de Operador Econômico Autorizado (OEA) para comércio eletrônico, com acordos de reconhecimento mútuo no contexto do comércio exterior eletrônico.³⁷

Sob a perspectiva do Brasil, que tem a tradição de “privatizar” ou repassar aos particulares tarefas relativas à fiscalização e arrecadação que originariamente é da alçada administrativa, sem que se pondere, muitas vezes, aspectos sobre o custo e a complexidade envolvidas no desígnio, esse será um desafio.

A tradição brasileira, afinal, é de se “pagar para pagar tributos”, pois é pontuada de casos de repasse de custos de conformidade aos particulares, que culminaram na situação atual, em que uma empresa necessita manter departamentos fiscais inteiros, apenas para fazer frente ao atendimento de deveres instrumentais tributários.

Se a forma de instrumentalização da responsabilidade das plataformas for de alta complexidade e custo, suplantam-se os objetivos de efetividade, simplicidade, justiça, segurança jurídica e neutralidade.

Nesse ponto, é necessário ressaltar que embora as plataformas de *marketplaces*, em regra, possuam já todos os dados necessários para o recolhimento da obrigação tributária, a própria OCDE alerta sobre a heterogeneidade nas suas funcionalidades.

Em outras palavras, há limites para a atribuição da responsabilidade tributária e aplicação do princípio da praticabilidade, que é a avaliação da efetiva vinculação da plataforma ao fato gerador, pois poderá haver casos que não se detenha dados suficientes das operações, tornando extremamente onerosos os custos de conformidade.

³⁷ WCO Cross-Border E-Commerce Framework Of Standards, p.8. Disponível em: http://www.wcoomd.org/-/media/wco/public/global/pdf/topics/facilitation/activities-and-programmes/ecommerce/wco-framework-of-standards-on-crossborder-ecommerce_en.pdf?la=en

De acordo com o já mencionado estudo promovido pela OCDE³⁸, os registros simplificados promovem alto nível de conformidade, em situações em que uma jurisdição tem autoridade limitada quanto à exigibilidade de exigir a obrigação tributária. Por outro lado, enfatiza o fato de que deve haver proporcionalidade na imposição de encargos administrativos, especialmente para pequenas empresas e tendo em conta os pequenos valores das operações geralmente envolvidos.

A tecnologia, ao possibilitar esses registros simplificados, é a resposta para esse cenário. Verifica-se que muitas empresas que atuam no comércio internacional, especialmente as grandes, desejam cumprir adequadamente as suas obrigações tributárias e manter uma boa imagem perante a opinião pública. A disponibilização de instrumental que possibilite esse objetivo, portanto, é desejado por muitos contribuintes, que anseiam por tecnologia que facilite.

Por outro lado, também nas situações de fraude e evasão fiscal, grandes resultados podem ser alcançados com a utilização de tecnologia, acompanhadas de outras ferramentas necessárias à disposição das autoridades fiscais, incluindo medidas legislativas de aplicação efetiva, estribadas em consultas aos próprios contribuintes, além da busca pela cooperação internacional.³⁹

CONCLUSÕES

O trabalho teve como escopo analisar técnica de tributação que confere melhores condições de adaptação à economia digital, à luz do princípio da praticabilidade, das peculiaridades do comércio eletrônico, dos debates internacionais e da reforma tributária brasileira.

E a partir dessas ponderações, volta-se para as propostas de reforma tributária brasileira, que deve incorporar as soluções para o enfrentamento dos desafios surgidos com a economia digital.

Nesse contexto, embora alguns de debates sobre a tributação da economia digital sejam extremamente controversos, o tema da responsabilização tributária das plataformas digitais não enfrenta resistências, além de ser eficaz como instrumento de arrecadação, em um setor que sofre de crescente evasão fiscal.

Mencionou-se, da mesma forma, a relevância de introdução de medidas nesses moldes, para proteger as empresas domésticas, em particular os varejistas de lojas presenciais, o comércio *brick and mortar*, que vem se submetendo a forte concorrência agressiva.

O comércio através das plataformas digitais será cada vez mais presente, seja porque as tecnologias permitem que a cada dia surjam novas funcionalidades e possibilidades de negócios intermediados por esses sistemas, seja porque a sociedade global adere a esse tipo de comércio de forma crescente. Sobre o último aspecto, além

³⁸ HELLERSTEIN, W., BUYDENS, S.; KOULOURI D. Simplified registration and collection mechanisms for taxpayers that are not located in the jurisdiction of taxation: A review and assessment, p.18. OECD Taxation Working Papers, No. 39, OECD Publishing, Paris, 2018. Disponível em <https://doi.org/10.1787/64bcf5de-en>. Consultado em 23/07/2020.

³⁹ OECD. *Technology Tools to Tackle Tax Evasion and Tax Fraud*, 2017. Disponível em: <https://www.oecd.org/tax/crime/technology-tools-to-tackle-tax-evasion-and-tax-fraud.pdf>. Acesso em 22.10.2020.

do acesso maior a tecnologias, a pandemia causada pela COVID-19 impôs mudanças de hábitos, incluindo a adesão maciça ao comércio eletrônico, que possivelmente serão permanentes.

O Brasil é um país com adesão crescente ao comércio eletrônico, sofrendo erosão das suas bases tributárias em virtude dos novos modelos de negócio surgidos com a economia digital. No bojo da reforma tributária, que está na pauta, devem também ser discutidos mecanismos de adaptação das regras tributárias aos avanços tecnológicos.

Sobre a questão apresentada da responsabilidade tributária das plataformas digitais de *marketplace* pelo recolhimento da obrigação tributária referente às operações que intermedia, essa é uma decorrência natural atrelada ao protagonismo que exerce nessas operações de comércio eletrônico. As plataformas, precisamente porque são grandes detentoras e gestoras de dados, não somente promovem a intermediação comercial propriamente dita, como viabilizam a sua efetiva concretização, ao oferecer diversas funcionalidades e garantias aos usuários.

No Brasil o sistema da nota fiscal eletrônica possibilita a transferência dados de alta qualidade para autoridades fiscais, o que é a matéria-prima fundamental para o desenvolvimento de registro simplificados que gerem baixos custos de conformidade aos operadores econômicos e que combatem a evasão fiscal, por meio de inteligência artificial e outras ferramentas tecnológicas.

Ademais, para que se legitime essa estrutura de tributação é necessário que os cadastros administrativos sejam simplificados e que não gerem ônus desproporcionais às plataformas, afetando a neutralidade tributária, a eficiência, a segurança jurídica, a igualdade, nessas operações e o próprio desenvolvimento da economia digital.

REFERÊNCIAS

- ÁVILA, Humberto de Souza. Teoria da Igualdade Tributária. 3ª ed., São Paulo: Malheiros, 2015.
- AZAM, Rifat and Mazur, Orly, *Cloudy with a Chance of Taxation*. (November 26, 2018). *Florida Tax Review*, Forthcoming, SMU Dedman School of Law Legal Studies Research Paper No. 411, Disponível em SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3290444>. Acesso em 29/10/2020.
- BECKER, Alfredo Augusto. Teoria Geral do Direito Tributário. 4ªed., São Paulo: Noeses, 2007, p.555.
- CÂMARA DOS DEPUTADOS. Projeto de Lei 3887/2020. 2020. Disponível em <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2258196>. Acesso em 29/10/2020.
- CARVALHO, Filipe Covas. O Caso Wayfair: Conceito de Nexo nos EUA, Lições para a Tributação Directa e para a Tributação da Economia Digital. Revista Electrónica de Fiscalidade da Associação Fiscal Portuguesa- AFP (2019) Ano I – Número 1, Lisboa, 2019. Disponível em: <https://www.afp.pt/revista/edicoes/625-revista-electronica-de-fiscalidade-da-afp-ano-i-n-1-2019?start=7> . Acesso em 29/10/2020.
- COMISSÃO EUROPEIA DIREÇÃO-GERAL DA FISCALIDADE E DA UNIÃO ADUANEIRA FISCALIDADE INDIRETA E ADMINISTRAÇÃO FISCAL Guia do minibalcão único do IVA. Bruxelas, 2013. Disponível em: https://ec.europa.eu/taxation_customs/business/vat/telecommunications-broadcasting-

[electronic-services/sites/mossportal/files/taxud-2013-01228-02-01-pt-tra-00-pt.pdf](https://www.mossportal.com/files/taxud-2013-01228-02-01-pt-tra-00-pt.pdf) . Acesso em 29/10/2020.

COSTA, Regina Helena. *Praticabilidade e Justiça Tributária*. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 53.

DERZI, Mizabel de Abreu Machado. *Legalidade Material, Modo de Pensar “Tipificante” e Praticidade no Direito Tributário*. Justiça Tributária – direito do fisco e garantias dos contribuintes nos atos da administração e no processo tributário. I Congresso Internacional de Direito Tributário do Instituto de Estudos Tributários – IBET. São Paulo: Max Limonad, 1998, p.638.

_____. *Direito Tributário, Direito Penal e Tipo*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 338.

EBRILL, Liam; KEEN et. al. *The Modern VAT*. Washington: International Monetary Fund, 2001, p.176.

FRÍAS, Ángeles García. *La tributación indirecta del comercio eletrônico en la Unión Europea a raíz de la Directiva 2002/38/CE*. TÔRRES, Heleno Taveira. *Direito Tributário Internacional Aplicado – Vol.II*, São Paulo: Quartier Latin, 2003, p.509.

HADZHIEVA, Eli. *Impact of Digitalisation on International Tax Matters- Challenges and Remedies*, p.95-98. Policy Department for Economic, Scientific and Quality of Life Policies Directorate-General for Internal Policies. Study requested by the European Parliament's Committee on Financial Crimes, Tax Evasion and Tax Avoidance. February 2019.

Disponível em: <https://www.europarl.europa.eu/cmsdata/161104/ST%20Impact%20of%20Digitalisation%20publication.pdf> . Acesso em 29/10/2020.

HELLERSTEIN, W., BUYDENS, S.; KOULOURI D. Simplified registration and collection mechanisms for taxpayers that are not located in the jurisdiction of taxation: A review and assessment, p.18. OECD Taxation Working Papers, No. 39, OECD Publishing, Paris, 2018. Disponível em <https://doi.org/10.1787/64bcf5de-en>. Acesso em 29/10/2020.

INTERNATIONAL POST CORPORATION (IPC). *Cross-Border E-Commerce Shopper Survey 2018*; Disponível em: <https://www.ipc.be/services/markets-and-regulations/cross-border-shopper-survey/2018> . Acesso em 29/10/2020.

MANKIW, N.Gregory. *Introdução à Economia: princípios de micro e macroeconomia*, 2ª ed., Rio de Janeiro: Elsevier, 2001, p.66.

OECD. *Electronic Commerce: Taxation Framework Conditions. A Report by the Committee on Fiscal Affairs*, 1998, p.4. Disponível em: <https://www.oecd.org/ctp/consumption/1923256.pdf> . Acesso em 29/10/2020.

_____. *Inclusive Framework*. <https://www.oecd.org/tax/beps/beps-actions/action1/> Acesso em 29/10/2020.

_____. *International VAT/GST Guidelines*, OECD, 2017. Publishing, Paris, <https://doi.org/10.1787/9789264271401-en>. Acesso em 29/10/2020.

_____. *Tax Challenges Arising from Digitalisation – Interim Report 2018: Inclusive Framework on BEPS*, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project. Paris: OECD Publishing, 2018. Disponível em <http://dx.doi.org/10.1787/9789264293083-en> . Acesso em 29/10/2020.

_____. *Technology Tools to Tackle Tax Evasion and Tax Fraud*, 2017. Disponível em: <https://www.oecd.org/tax/crime/technology-tools-to-tackle-tax-evasion-and-tax-fraud.pdf> Acesso em 29/10/2020

_____. *The Role of Digital Platforms in the Collection of VAT/GST on Online Sales*, OECD, Paris, 2019. Disponível em: <https://www.oecd.org/tax/consumption/the-role-of-digital-platforms-in-the-collection-of-vat-gst-on-online-sales.pdf> . Acesso em 29/10/2020

RITTNER, Daniel e Andréa Jubé. Correios subsidiam 'camelô eletrônico'. *Valor Econômico*, de 12/03/2018. Disponível em: <https://valor.globo.com/empresas/noticia/2018/03/12/correios-subsidiam-cameloeletronico.ghtml> . Acesso em 29/10/2020

SEGURA, José Sevilla. *Política y Técnica Tributarias*. Madrid: Instituto de Estudios Fiscales, 2004;

SULLIVAN, Clara K., *El Impuesto sobre el Valor Añadido*. Tradução de Antonio García de Blas. Madrid: Instituto de Estudios fiscales, 1978.

SUPREME COURT OF THE UNITED STATES. *South Dakota v. Wayfair, Inc., et al.* No. 17-494. Argued April 17, 2018—Decided June 21, 2018. Disponível em: https://www.supremecourt.gov/opinions/17pdf/17-494_j4el.pdf . Acesso em 29/10/2020.

TIPKE, Klaus. Princípio da Igualdade e Ideia de Sistema no Direito Tributário. trad. Brandão Machado. Estudos em Homenagem ao Prof. Ruy Barbosa Nogueira. Coord. Brandão Machado. São Paulo: Saraiva, 1984.

VILANOVA, Lourival. Causalidade e Relação no Direito. 4ª ed. rev.amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

WORLD CUSTOMS ORGANIZATION (WCO) *Cross-Border E-Commerce Framework Of Standards*, 2018, p.08. Disponível em: http://www.wcoomd.org/-/media/wco/public/global/pdf/topics/facilitation/activities-and-programmes/ecommerce/wco-framework-of-standards-on-crossborder-ecommerce_en.pdf?la=en Acesso em 29/10/2020.

XAVIER, Alberto. Direito Tributário Internacional do Brasil. 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p.226-230.



O PRINCÍPIO DA CAPACIDADE CONTRIBUTIVA NO IMPOSTO SOBRE A RENDA

*Celia M. S. Murphy¹,
Cecilia Priscila de Souza²*

RESUMO

O artigo propõe a análise da capacidade contributiva levando em conta a tributação do imposto sobre a renda. Desenvolve-se o tema a partir das noções de renda delineadas na atribuição e uso da competência da União Federal na instituição do Imposto sobre a Renda e Proventos de Qualquer Natureza.

PALAVRAS-CHAVE: Capacidade contributiva. Imposto sobre a renda. Princípio como limite objetivo da competência tributária.

THE PRINCIPLE OF ABILITY-TO-PAY AS RELATED TO INCOME TAX

ABSTRACT

The present article proposes an analysis of the ability-to-pay principle as related to the levying of taxes over income. The theme is developed based on the notion of “income” as outlined under the attributions and competence of the Federal Union acting within its powers to levy such a tax.

KEYWORDS: Ability-to-pay. Income tax. Ability-to-pay principle as an objective limit.

INTRODUÇÃO

O imposto sobre a renda moderno, idealizado, no século XVIII, por William Pitt, quando Primeiro Ministro do Reino Unido, foi introduzido no Brasil, no início do século XX, após experiências bem-sucedidas em vários países. Sua implantação no País, apesar de não ter tido aceitação imediata, muito menos unânime, foi defendida, em 1891, por Ruy Barbosa, então Ministro da Fazenda, como a tributação menos imperfeita, mais eficaz e mais justa, por ser a que melhor reflete a capacidade contributiva, eis que grava apenas o excedente de riqueza das pessoas, físicas e jurídicas.

¹ Advogada; Mestre e Doutora em Direito Tributário pela PUC/SP; Especialista em Direito Tributário pelo Instituto Brasileiro de Estudos Tributários – IBET/SP; Professora e Conferencista do Curso de Especialização em Direito Tributário do IBET/SP; Professora convidada dos Cursos de Especialização em Direito Tributário da PUC/SP – COGEAE, da Universidade São Judas Tadeu. Foi Professora da Escola de Administração Fazendária – ESAF; Auditora-Fiscal da Secretaria da Receita Federal do Brasil; Conselheira Titular do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais - CARF.

² Advogada; Mestre e Doutoranda em Direito Tributário pela PUC/SP; Especialista em Direito Tributário pelo Instituto Brasileiro de Estudos Tributários – IBET/SP; Coordenadora e Conferencista do Curso de Especialização em Direito Tributário do IBET/SP; Professora convidada dos Cursos de Especialização em Direito Tributário da PUC/SP – COGEAE.

Tomamos por renda a riqueza nova que se agrega ao patrimônio de uma pessoa física ou jurídica, após deduzidos os gastos necessários para a obtenção da própria riqueza e para a manutenção da sua fonte produtora. Renda representa, assim, um “excesso” ou “sobra” de riqueza. Nesse trilhar, tributar a renda, como afirmou Ruy Barbosa, pode ser considerada a melhor expressão de isonomia e justiça fiscal. No entanto, para que se alcancem esses almejados valores, é essencial que somente a renda e os proventos de qualquer natureza, nada mais, sejam tributados pelo imposto de mesmo nome.

No presente estudo, abordamos o relacionamento entre o princípio da capacidade contributiva, insculpido na Constituição Federal, e o imposto sobre a renda e proventos de qualquer natureza.

Nessa empreitada, temos por certo que o direito positivo constitui uma camada linguística que visa a regular as condutas sociais, por meio de normas jurídicas. O direito positivo é tomado como um sistema normativo, que se expressa por meio de linguagem prescritiva e tem as normas jurídicas como elementos.

Acima do direito positivo, como uma linguagem de sobreposição, surge a Ciência do Direito, que tem por objeto descrever criticamente as normas jurídicas, que integram o sistema normativo. Expressa-se em linguagem descritiva e tem como elementos as proposições descritivas.

Nesse escopo, no interior do sistema positivo, nossa investigação se volta para as normas constitucionais que, como normas de superior hierarquia, servem de fundamento para a regra-matriz de incidência do imposto sobre a renda, norma geral e abstrata que define o gravame.

Tratamos das normas que delimitam as competências tributárias, discorreremos sobre o princípio da capacidade contributiva e o conceito de “renda e proventos de qualquer natureza” para, ao final, falar sobre a relação do princípio da capacidade contributiva com a regra matriz do imposto sobre a renda e proventos de qualquer natureza.

1. COMPETÊNCIA TRIBUTÁRIA E A COMPETÊNCIA PARA INSTITUIR IMPOSTO SOBRE A RENDA E PROVENTOS DE QUALQUER NATUREZA

A Constituição, como mais alto patamar normativo do sistema jurídico positivo, tem por função fixar a estrutura jurídica do Estado e determinar como este se organiza, que órgãos possui e como são exercidas as funções de governo³. Nesse mister, a Constituição é o instrumento, por excelência, da fixação e estabelecimento de competências.

Na definição de José Afonso da Silva⁴, competência é “a faculdade juridicamente atribuída a uma entidade ou a um órgão ou agente do Poder Público para emitir decisões”. As competências, de diversas espécies, encerram os poderes de que se servem os órgãos ou entidades estatais para realizar suas funções.

³ Cf. ATALIBA, Geraldo. Sistema constitucional tributário brasileiro, p. 118.

⁴ SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo, p. 483-484.

Delineada em normas constitucionais, a competência tributária é uma especificação da competência legislativa. Significa a aptidão conferida a certas pessoas para expedir regras jurídicas, inovando o ordenamento, no tocante à matéria tributária. Realiza-se pela observância de uma série de atos, cujo conjunto caracteriza o procedimento legislativo⁵.

Os titulares das competências tributárias são as pessoas políticas: a União, os Estados o Distrito Federal e os Municípios, que as exercem por meio do Congresso Nacional, das Assembleias Legislativas dos Estados, da Câmara Legislativa do Distrito Federal e das Câmaras Municipais, respectivamente, de acordo com o que lhes foi atribuído pela Constituição.

A competência legislativa tributária, definida por Tácio Lacerda Gama como “a aptidão jurídica, modalizada como permitida, imputada aos entes federativos para criar normas relativas à instituição, arrecadação ou fiscalização de tributos, por meio de processo legislativo”⁶, foi rigidamente estipulada na Constituição, de modo a evitar conflitos entre os entes políticos, assegurar a sua autonomia financeira e prevenir a ocorrência de bitributação.

Em razão de sua competência tributária, ou competência para tributar, conferida pela Constituição aos entes políticos, ficam estes aptos a instituir tributos, por meio de lei que descreva todos os aspectos ou critérios da regra-matriz de incidência tributária⁷.

O sistema constitucional tributário brasileiro está entre os mais rígidos que se conhece⁸, além de extenso e complexo. Particularmente no tocante à fixação das competências tributárias, a nossa Constituição não se limitou às questões essenciais, nem foi indeterminada em suas disposições; muito pelo contrário, não deixou margem jurídica para grandes desenvolvimentos e integração pela legislação ordinária. Nosso constituinte entregou ao legislador ordinário um sistema tributário já perfeitamente definido⁹.

A delimitação das competências tributárias é, portanto, tema exclusivamente constitucional, e, assim sendo, nas normas da Constituição se esgota: não há discriminação de competências tributárias nas normas infraconstitucionais. Estas, na melhor das hipóteses, definem ou explicitam o que, porventura, se encontra implícito na Constituição¹⁰.

Ao partilhar os impostos entre as pessoas políticas, nos artigos 153, 155 e 156, a Constituição elegeu discriminar as competências de acordo com determinadas materialidades. Indicou acontecimentos que podem ser validamente utilizados pelos legisladores de cada uma das pessoas políticas, no critério material das hipóteses tributárias.

⁵ Cf. CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito tributário, linguagem e método*, p. 248.

⁶ GAMA, Tácio Lacerda. *Competência tributária. Fundamentos para uma teoria da nulidade*, p. 221.

⁷ Cf. CARRAZZA, Roque Antonio. Intributabilidade por via de imposto sobre a renda – férias e licenças-prêmio em pecúnia. *Revista de Direito Tributário*, nº 39, p. 163.

⁸ José Afonso da Silva esclarece ser *rígida* a constituição “somente alterável mediante processos, solenidades e exigências formais especiais, diferentes e mais difíceis que os de formação das leis ordinárias ou complementares”. Cf. SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*, p. 44.

⁹ Cf. ATALIBA, Geraldo. Op. cit. p. 15, 21.

¹⁰ Cf. CARRAZZA, Roque Antonio. Intributabilidade por via de imposto sobre a renda – férias e licenças-prêmio em pecúnia. *Revista de Direito Tributário*. nº 39, p. 163.

No artigo 153, III, da Constituição, ficou estipulado que a União é a pessoa política competente para instituir imposto sobre a renda e os proventos de qualquer natureza. Depreende-se, deste dispositivo, não só que a União tem competência para instituir este imposto, mas também que, no que tange à matéria tributável, a sua competência, para instituí-lo, circunscreve-se à “renda e proventos de qualquer natureza”.

2. O PRINCÍPIO DA CAPACIDADE CONTRIBUTIVA

Tomamos o direito positivo como um sistema linguístico prescritivo, composto unicamente por normas jurídicas válidas, organizadas de forma hierarquizada.

No interior do sistema positivo, portanto, em que temos somente normas jurídicas, não poderiam os princípios se caracterizar como entidades diferentes das normas. Os denominados “princípios”, que integram o sistema positivo, são normas jurídicas, só que fortemente carregadas de conotação axiológica. “Princípio” é somente o nome que se dá a essas normas, que carregam alta carga valorativa e que, por esse motivo, exercem influência sobre a orientação de setores da ordem jurídica¹¹.

Nessa função, ensina Paulo de Barros Carvalho que princípios são normas jurídicas que impõem: ou determinados valores, caros à sociedade, ou limites objetivos, postos para atingir certos fins, fins estes que são os próprios valores¹².

Por serem mais impregnadas de valor do que outras normas, ou por estipularem limites objetivos, que garantem a realização dos valores sociais mais importantes, os princípios constitucionais têm posição preeminente na hierarquia do sistema positivo.

O princípio da capacidade contributiva, previsto no parágrafo primeiro do artigo 145 da Constituição de 1988, estipulando que os impostos terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte, pertence à categoria dos princípios tidos como limites objetivos, na medida em que estabelece as balizas (limites objetivos), voltadas ao atingimento de valores, tais como a igualdade e a justiça.

Com o princípio da capacidade contributiva, a Constituição visa garantir os citados valores de igualdade e justiça, estabelecendo um limite à competência tributária impositiva, determinando que as pessoas políticas não podem impor tributação que exceda a capacidade que cada pessoa tem para contribuir com as despesas do Estado. Ao mesmo tempo, estipula que esses gastos devem ser suportados igualmente pelas pessoas com igual capacidade para contribuir.

Tomada como sinônimo de capacidade contributiva, a capacidade econômica (expressão adotada no texto constitucional), na definição de Geraldo Ataliba e Cleber Giardino¹³, é a “real possibilidade de diminuir-se patrimonialmente, sem destruir-se e sem perder a possibilidade de persistir gerando a riqueza de lastro à tributação”. Para atender ao princípio da capacidade contributiva, portanto, a lei tributária deve atingir manifestações ou aspectos da riqueza do contribuinte, sem, contudo, destruir sua base criadora.

¹¹ Cf. CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito Tributário, linguagem e método*, p. 270.

¹² Cf. CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de direito tributário*, p. 176-180.

¹³ ATALIBA, Geraldo; GIARDINO, Cléber. Imposto de renda – capacidade contributiva – aparência de riqueza – riqueza fictícia – “renda” escritural – intributabilidade de correções monetárias. *Revista de Direito Tributário* nº 38, p. 143.

Há que se ressaltar que o alcance do princípio da capacidade contributiva não é amplo, de modo a considerar toda a carga tributária suportada pelo contribuinte, em relação à globalidade de sua riqueza. Pelo contrário, já externara Alfredo Augusto Becker¹⁴ que o princípio da capacidade contributiva é uma norma cuja eficácia jurídica é bastante restrita, eis que estabelecida unicamente a partir de um determinado fato-sígnio presuntivo de riqueza, em relação a cada tributo, tomado isoladamente dos demais.

Ao escolher, no plano da realidade social, os acontecimentos que julga representarem aptidão para contribuir com as despesas do Estado, o político busca aqueles que sejam passíveis de mensuração econômica, haja vista que são, esses tais acontecimentos, aqueles que determinarão o nascimento da obrigação tributária e a sua medida¹⁵.

Nesse diapasão, a capacidade contributiva estabelece diretriz aos legisladores da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, que devem eleger como critério material da regra-matriz de incidência tributária um acontecimento cuja grandeza seja passível de mensuração. Mas não só isso; também que obrigação tributária tome, como parâmetro, uma medida dessa grandeza.

Explicitada por Roque Carrazza¹⁶, a capacidade contributiva à qual alude a Constituição e que a pessoa política é obrigada a levar em conta, ao criar os impostos de sua competência, é a capacidade contributiva objetiva. Revela-se com a manifestação objetiva da riqueza escolhida pelo legislador para ser objeto de tributação (possuir um imóvel ou um veículo, por exemplo); não é função da integralidade da situação econômica do contribuinte.

A capacidade contributiva objetiva, segundo Regina Helena Costa¹⁷, funciona como pressuposto ou fundamento jurídico do tributo, representando sensível restrição à discricionariedade legislativa, eis que impõe que o legislador, na escolha de acontecimentos ensejadores do nascimento de obrigações tributárias, eleja unicamente aqueles que sejam reveladores de riqueza.

Sendo assim, a ideia da capacidade contributiva objetiva sinaliza que o seu limite toma como parâmetro a própria riqueza escolhida pelo legislador para ser objeto da imposição. Por esse motivo, pontua Roque Carrazza¹⁸ que, nos impostos sobre o patrimônio, tais como o IPTU, o ITR e o IPVA, a capacidade contributiva revela-se com o próprio bem; no imposto sobre a renda, o fato “auferir renda” revela capacidade contributiva para a referida exação, sendo irrelevante para a aferição da capacidade contributiva objetiva o fato de o contribuinte possuir ou não liquidez para fazer frente ao valor do imposto.

¹⁴ Cf. BECKER, Alfredo Augusto. *Teoria geral do direito tributário*, p. 494-497.

¹⁵ Nesse sentido, cf. CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito tributário, linguagem e método*, p. 340.

¹⁶ Cf. CARRAZZA, Roque Antonio. *Curso de direito constitucional tributário*, p. 108.

¹⁷ Cf. COSTA, Regina Helena. *Princípio da capacidade contributiva*, p. 28.

¹⁸ Cf. CARRAZZA, Roque Antonio. *Curso de direito constitucional tributário*, p. 109. Vejamos seu exemplo:

“Todos haverão de concordar comigo que não tem sentido dizer que alguém que ganhou de presente um automóvel da marca Mercedes-Benz, modelo do ano, tem que pagar menos IPVA porque é pobre. Não. Se esta pessoa não tem como pagar o IPVA incidente sobre o seu veículo de luxo, deve, na pior das hipóteses, vendê-lo. Nunca, porém, ser dispensada do pagamento do IPVA por falta de capacidade contributiva. Até porque capacidade contributiva ela tem, já que, como se disse, a capacidade contributiva se revela no patrimônio como um todo considerado, e não apenas por meio do exame da conta bancária” (grifo do autor).

A capacidade contributiva subjetiva ou relativa, atuando no plano da norma individual, limita a carga do imposto à situação concreta observada. Opera, assim, como medida da apuração do *quantum* de imposto, ou seja, como um critério de graduação¹⁹.

A capacidade contributiva subjetiva se realiza, destarte, no momento da incidência da regra-matriz, que é o instante em que ocorre a aplicação da norma geral e abstrata, quando o aplicador produz a norma individual e concreta.

Em resumo, o princípio constitucional da capacidade contributiva, na sua manifestação objetiva, tem por destinatário imediato o legislador ordinário das pessoas políticas, que, na definição da regra-matriz de incidência tributária, deve estipular como ensejadores da imposição tributária somente ocorrências reveladoras de riqueza, passíveis de mensuração.

O princípio da capacidade contributiva, na sua manifestação subjetiva, realiza-se com a aplicação da norma geral e abstrata. É este o instante no qual se insere, no sistema positivo, uma norma individual e concreta, na qual se descreve o fato jurídico que se subsume na hipótese da regra-matriz, identificam-se os sujeitos da obrigação e apura-se o valor do imposto devido, de acordo com a grandeza da manifestação de riqueza revelada.

2.1 O PRINCÍPIO DA CAPACIDADE CONTRIBUTIVA E O IMPOSTO SOBRE A RENDA E PROVENTOS DE QUALQUER NATUREZA

O princípio da capacidade contributiva está expresso no § 1º do art. 145 da Constituição, com os seguintes dizeres:

Sempre que possível, os impostos terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte, facultado à administração tributária, especialmente para conferir efetividade a esses objetivos, identificar, respeitados os direitos individuais e nos termos da lei, o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte.

Os princípios constitucionais, normas de superior hierarquia no sistema jurídico, não constituem meras recomendações. Pelo contrário, impõem uma conduta a ser observada pelo legislador infraconstitucional, ao fixar a carga tributária. Por essa razão, a expressão “sempre que possível”, integrante do texto do § 1º do artigo 145 da Carta Maior, não confere uma escolha ao legislador, deixando ao seu alvitre cumprir ou não o princípio nele inculcado, se e quando julgar conveniente.

Como destaca José Eduardo Soares de Melo, a cláusula “sempre que possível” não autoriza um arbítrio; trata-se de um “esforço do legislador para delinear o ônus tributário com a maior segurança (possível) e com a menor margem de engano (também possível), a fim de que o contribuinte participe das necessidades coletivas (interesse público) com suportável parcela de seu patrimônio”²⁰.

No entanto, adverte Paulo de Barros Carvalho que: “mensurar-se a possibilidade econômica de contribuir para o erário com o pagamento de tributos é o grande desafio

¹⁹ Cf. COSTA, Regina Helena. Op. cit, p. 31.

²⁰ Cf. MELO. José Eduardo Soares de. *Contribuições sociais no sistema tributário*, p. 50-51.

de todos os que lidam com esse delicado instrumento de satisfação dos interesses públicos, sendo o modo como é avaliado o grau de refinamento dos vários sistemas de direito tributário”²¹.

Na eleição do acontecimento a figurar na hipótese da regra-matriz de incidência, o legislador pode escolher qualquer fato social lícito. Todavia, como vimos, esse acontecimento deve ser passível de mensuração econômica, uma vez que sua realização ensejará o surgimento de uma obrigação tributária que deve refletir a medida econômica do evento.

Ao eleger a renda e os proventos de qualquer natureza como materialidade a ser gravada pelo imposto de mesmo nome, o constituinte decidiu que alguém auferir renda e proventos de qualquer natureza é um acontecimento relevante, que denota capacidade dessa pessoa para contribuir com as despesas públicas. Vislumbrou também que esse é um acontecimento cuja grandeza pode ser determinada, na medida da sua manifestação econômica.

Desse modo, a expressão “sempre que possível” se refere ao *quantum* tributado, à capacidade contributiva da pessoa sujeita ao imposto sobre a renda e não a determinadas situações, abrindo espaço para tributar tantas outras que não respeitem o limite do sustentável.

No imposto sobre a renda e proventos de qualquer natureza, somente o acontecimento “auferir renda ou proventos de qualquer natureza”, nada além, pode ser utilizado pelo legislador da União como critério material da regra-matriz do imposto, haja vista que “renda e proventos de qualquer natureza” representa o escopo da competência tributária que lhe foi atribuída pelo constituinte, no artigo 153, III da Carta de 1988.

A mensuração da ocorrência descrita como hipótese no antecedente da regra-matriz é feita pela base de cálculo, que, no caso do imposto sobre a renda e proventos de qualquer natureza, só pode ser “renda e proventos de qualquer natureza”.

Sintetizando, para figurar como hipótese da regra-matriz de incidência do imposto sobre a renda e proventos de qualquer natureza, a ocorrência descrita pelo legislador deve ser “auferir renda e proventos de qualquer natureza”, e a definição da base de cálculo desse imposto não pode exceder o conceito constitucional de renda e proventos de qualquer natureza. Caso o legislador ordinário, na elaboração da regra-matriz, extrapole do conceito constitucional, estará gravando valores que não são reveladores de capacidade contributiva para este imposto, como dito linhas acima.

Destaca-se, então, a importância da identificação do conceito constitucional de renda, uma vez que a ele se circunscreve a competência do legislador infraconstitucional, na sua definição e na instituição da regra-matriz do imposto.

²¹ CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito tributário, linguagem e método*, p. 340.

3. O CONCEITO CONSTITUCIONAL DE RENDA E PROVENTOS DE QUALQUER NATUREZA²²

A competência da União para instituir imposto sobre a “renda e proventos de qualquer natureza” limita-se ao escopo semântico da respectiva expressão, constante do artigo 153, III, da Carta de 1988, e nele se exaure.

Partimos do pressuposto que “conceito” é aquela compreensão que o intérprete constrói em sua mente, quando entra em contato com uma palavra ou expressão. Um conceito é uma noção, concepção, ideia²³, que o indivíduo obtém quando analisa a palavra ou expressão, dentro de um determinado contexto.

Considerando que nosso objetivo é construir um conceito constitucional de “renda e proventos de qualquer natureza”, o nosso contexto é a Constituição.

O artigo 153, inciso III, da Carta de 1988, ao especificar essa materialidade para o imposto de competência da União, já permite que se construa um conceito constitucional. Certamente que indeterminado, como qualquer conceito, mas não vazio²⁴. Desse modo, em uma interpretação sistemática, podemos afirmar que há, na Constituição, elementos para a construção dos conceitos de “renda” e “proventos de qualquer natureza”, muito embora com algumas incertezas.

Podemos afirmar, em uma primeira análise, parafraseando Geraldo Ataliba²⁵, que “renda” e “proventos de qualquer natureza” não podem significar o mesmo que prestação de serviços, importação de produtos estrangeiros, exportação para o exterior, operação de crédito, propriedade territorial rural, propriedade predial e territorial urbana, grande fortuna etc., que são materialidades de outros impostos previstos na Constituição.

Rubens Gomes de Sousa, ao abordar o conceito de “renda e proventos de qualquer natureza”, já assegurara ser fundamental a distinção entre capital, patrimônio e renda, uma vez que aqueles têm caráter estático e esta última tem caráter dinâmico: “Capital seria, portanto, o montante de patrimônio encarado num momento qualquer de tempo, ao passo que renda seria o acréscimo do capital em dois momentos determinados”²⁶.

Na comparação entre os conceitos de capital, patrimônio e renda, a dinamicidade ressaltada por Rubens Gomes de Sousa é elemento distintivo essencial. Se tivesse caráter estático, renda seria o mesmo que patrimônio ou capital, o que, sabidamente, não é.

Patrimônio, conceito de direito privado, significa o plexo das relações jurídicas de uma pessoa, que tenham valor econômico. Nele se incluem a posse, os direitos reais, as

²² Sobre o assunto, cf. MURPHY, Celia M. S. *O imposto sobre a renda à luz da Constituição*, p. 87-103.

²³ Cf. Dicionário Houaiss da língua portuguesa, p. 510.

²⁴ Como explica Luís Cesar Souza de Queiroz: “[...] o fato de se poder considerar que a expressão ‘renda e proventos de qualquer natureza’ como base tributável representa um conceito indeterminado não importa em reconhecer que se trata de um conceito vazio, sem sentido, sem limites máximos, nem permite deduzir que o legislador infraconstitucional possui total liberdade para definir tal conceito” (destaques do autor). QUEIROZ, Luís Cesar Souza de. A tributação de lucros auferidos no exterior por controladas e coligadas: a posição do STF e a lei nº 12.973/2014. In: RODRIGUES, Daniele Souto; MARTINS, Natanael (coord.). *Tributação atual da renda*, p. 242.

²⁵ Cf. ATALIBA, Geraldo. Mesa de debates – Periodicidade do imposto de renda I, VII Congresso Brasileiro de Direito Tributário, realizado em 15 a 17 de setembro de 1993. *Revista de direito tributário* nº 63, p.22.

²⁶ Cf. SOUSA, Rubens Gomes de. A evolução do conceito de rendimento tributável. *Revista de Direito Público* nº 14, p. 240.

obrigações e as ações correspondentes a tais direitos²⁷. Capital, por sua vez, é um valor em dinheiro que constitui parte de um patrimônio ou a parte principal de um débito, em oposição aos juros que a dívida pode produzir²⁸.

Já afirmava Marçal Justen Filho que o caráter dinâmico do conceito de renda fica evidente, tendo em vista que tal conceito se constrói a partir da distinção entre renda e patrimônio: sob “um ângulo dinâmico, a renda consiste numa diferença entre a riqueza pré-existente, as despesas efetivadas para aquisição de riqueza nova e o ingresso que possa ser obtido a partir de então”²⁹.

Ponderamos, ainda, que, além dos conceitos de “renda” e de “proventos de qualquer natureza”, a Carta da República traz também outros, que deles se aproximam. Por essa razão, auxiliam na construção do conceito que buscamos.

Em aprofundado estudo sobre o tema, José Artur Lima Gonçalves compara determinados conceitos constitucionais, com o objetivo de delimitar o que vem a ser “renda”³⁰. Nesse mister, estuda conceitos tais como “faturamento”, “patrimônio”, “capital”, “lucro”, “ganho” e “resultado”. Salienta que, muito embora tangenciem ou influenciem o conceito de “renda”, com ele não se confundem, tendo em vista a rigidez da Constituição na definição das competências impositivas³¹. Além desses conceitos, adverte ainda que “receita”, é também um dos elementos a serem levados em conta para a realização do cálculo de eventual ocorrência de renda³².

Renda e proventos de qualquer natureza pressupõem a ideia de riqueza nova, que antes não existia, e passou a existir. Essa ideia nos traz à mente a necessidade de haver um período de tempo, a partir do qual essa riqueza nova se constata, o que atribui ao conceito de renda e proventos de qualquer natureza o caráter dinâmico ao qual alude Rubens Gomes de Sousa. Renda e proventos de qualquer natureza são também conceitos relativos, uma vez que, para verificar se existe ou não uma riqueza nova a ser tributada, é preciso que se compare uma realidade patrimonial em dois momentos distintos.

Renda e proventos de qualquer natureza representam, assim, o excedente que se apura a partir da comparação entre o patrimônio em dois momentos, mas esse cálculo não pode considerar somente os ingressos patrimoniais, haja vista que, para auferir a renda e os proventos de qualquer natureza, a pessoa incorre em determinados gastos, necessários para a sua aquisição. Caso esses gastos não fossem considerados, a tributação não incidiria sobre a renda, mas sobre ingressos.

A Carta de 1988 não enumera as importâncias a serem subtraídas dos ingressos patrimoniais, para o cálculo da renda e dos proventos de qualquer natureza. Todavia,

²⁷ Cf. DINIZ, Maria Helena. Dicionário jurídico, v.3, p. 541.

²⁸ Cf. Idem. v.1, p. 488.

²⁹ Cf. JUSTEN FILHO, Marçal. Mesa de debates – Periodicidade do imposto de renda I, VII Congresso Brasileiro de Direito Tributário, realizado em 15 a 17 de setembro de 1993. *Revista de direito tributário* nº 63, p.17.

³⁰ José Artur Lima Gonçalves não promove um estudo específico da expressão “proventos de qualquer natureza”, pois entende que estes nada mais são do que uma espécie do gênero “renda”. Assim também entendemos. Cf. *Imposto sobre a renda – pressupostos constitucionais*, p. 174-176. Por esse motivo, ao aludirmos a “renda”, estamos englobando, nessa ideia, os “proventos de qualquer natureza”.

³¹ Cf. GONÇALVES, José Artur Lima. *Imposto sobre a renda*, p. 171-177.

³² GONÇALVES, José Artur Lima. Imposto de renda – o artigo 43 do CTN e a Lei Complementar 104/2001. *Revista Dialética de Direito Tributário* n.º 67, p. 114-5.

temos por certo que o constituinte deu um claro direcionamento ao legislador infraconstitucional, ao assegurar determinados direitos, qualificados como fundamentais. Ao amparar esses direitos, a Constituição veda a imposição de tributação que venha no sentido de seu desapareço³³.

Estamos falando dos direitos sociais e dos direitos dos trabalhadores, previstos nos artigos 6º e 7º da Constituição, da livre iniciativa, prevista no *caput* do artigo 170 e da liberdade de profissão (art. 5º, XII). Conforme salienta Regina Helena Costa, aqueles cujos ganhos são exclusivamente destinados a esses fins não revelam capacidade contributiva³⁴.

Destacamos, entre esses direitos, aquele denominado “mínimo existencial”, que, para a pessoa física, é representado pelos ganhos apenas suficientes para fazer frente aos gastos necessários à subsistência digna do titular e de sua família³⁵. Para a pessoa jurídica, é representado pelos ganhos em valor apenas suficiente para os dispêndios necessários ao livre exercício da atividade empresarial e para a manutenção da fonte geradora da renda. Não tem capacidade contributiva nem a pessoa física que auferir rendimentos integralmente destinados à sua sobrevivência e à de sua família, com dignidade, nem a pessoa jurídica cuja receita seja integralmente destinada ao seu funcionamento e à reposição do seu capital³⁶.

Por conseguinte, as importâncias necessárias para garantir o mínimo existencial, tanto da pessoa física quanto da pessoa jurídica, devem ser subtraídas dos ingressos patrimoniais, para o fim de apurar a renda tributável, ao final do período considerado. O legislador infraconstitucional não está autorizado a impor, sobre o mínimo existencial, tributação a título de imposto sobre a renda e proventos de qualquer natureza, por total inexistência de capacidade contributiva.

Por fim, impende ressaltar que importâncias tais como rendimentos, ganhos, receitas, faturamento, entre outras, isoladamente consideradas, muito embora sejam próximas da ideia de “renda”, não são indicadoras de capacidade contributiva para o imposto sobre a renda e proventos de qualquer natureza. Essas importâncias, sozinhas, não representam renda, mas meros ingressos pontuais no patrimônio do contribuinte.

4. A CAPACIDADE CONTRIBUTIVA COMO LIMITE OBJETIVO NA INSTITUIÇÃO DO IMPOSTO SOBRE A RENDA E PROVENTOS DE QUALQUER NATUREZA³⁷

Ao analisarmos a capacidade contributiva no imposto sobre a renda, destacamos, na sua regra-matriz, os critérios material e quantitativo, este na sua expressão “base de cálculo”.

O critério material da regra-matriz do imposto sobre a renda, expresso por um verbo no infinitivo, agregado a um complemento, é, a nosso ver, “auferir renda e proventos de qualquer natureza”. O verbo é “auferir”, porque o titular do acréscimo

³³ Nesse sentido, cf. COSTA, Regina Helena. Capacidade contributiva e direitos fundamentais, p. 109.

³⁴ Cf. COSTA, Regina Helena. Capacidade contributiva e direitos fundamentais, p. 110-111.

³⁵ Nesse sentido, cf. QUEIROZ, Luís Cesar Souza de. Imposto sobre a renda – requisitos para uma tributação constitucional, p. 72; MOSQUERA, Roberto Quiroga. Renda e proventos de qualquer natureza; o imposto e o conceito constitucional, p. 128-129.

³⁶ Nesse sentido, cf. ÁVILA, Humberto. A hipótese de incidência do imposto sobre a renda construída a partir da Constituição. Revista de direito tributário nº 77, p. 106.

³⁷ Sobre este tema, cf. MURPHY, Celia M. S. O imposto sobre a renda à luz da Constituição, p. 54-60.

patrimonial, representado pela riqueza nova, é quem demonstra ter capacidade para contribuir com as despesas do Estado, a título de imposto sobre a renda e proventos de qualquer natureza.

De outra banda, o complemento “renda e proventos de qualquer natureza”, significa que esta é a grandeza a ser escolhida pelo legislador para representar a materialidade eleita pelo constituinte e que indica a existência de capacidade contributiva para este imposto.

No interior da regra-matriz tributária, ensina Paulo de Barros Carvalho, a base de cálculo deve ter, obrigatoriamente, uma correlação lógica e direta com a hipótese de incidência do tributo. Na sua função comparativa, confirma, infirma ou afirma o verdadeiro critério material da hipótese da regra-matriz. Confirma-o, sempre que houver total sintonia entre a medida e o núcleo do fato dimensionado; infirma-o quando houver manifesta incompatibilidade entre a grandeza eleita e o acontecimento que o legislador declara como o cerne da previsão fática; afirma-o na hipótese de ser obscura a previsão legal³⁸.

No critério quantitativo da regra-matriz do imposto sobre a renda e proventos de qualquer natureza, a grandeza tomada para representar a sua base de cálculo deve efetivamente representar a riqueza nova agregada ao patrimônio da pessoa física ou jurídica, ao cabo de um período de tempo. Trata-se da renda, que é, obrigatoriamente, um excedente, um saldo positivo, apurado no comparativo do patrimônio, em dois momentos.

Caso não haja riqueza nova, apurada segundo essa especificação, a grandeza efetivamente tomada, como medida do critério material da hipótese tributária, infirma-o. Inexistindo riqueza nova, não há valor a refletir grandeza representativa de capacidade contributiva para o imposto sobre a renda e proventos de qualquer natureza.

Para que confirme o critério material da regra-matriz do imposto sobre a renda e represente capacidade contributiva daquele que a auferiu, a base de cálculo deve representar a renda e os proventos de qualquer natureza, assim entendidos como o acréscimo patrimonial (saldo positivo) obtido a partir do confronto entre ingressos e saídas patrimoniais, ao cabo de um período de tempo, em consonância com o conceito constitucional de renda e proventos de qualquer natureza.

Sendo assim, os ingressos patrimoniais apenas fazem parte da equação complexa que apura, ao final do período, uma variação patrimonial positiva ou negativa. Mas esta equação, que se prolonga por um período de tempo, considera não só ingressos patrimoniais, elementos positivos, mas leva em conta também elementos negativos, representados pelos gastos necessários para a obtenção dos rendimentos, receitas e ganhos³⁹.

Somente se o resultado apurado nessa equação, ao final do período, for positivo, pode-se afirmar que há “renda e proventos de qualquer natureza”, matéria prevista no art. 153, III, da Constituição como tributável pelo imposto sobre a renda e proventos de

³⁸ Cf. CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito tributário, linguagem e método*, p. 645.

³⁹ Nesse sentido, cf. GONÇALVES, José Artur. *Imposto sobre a renda; pressupostos constitucionais*, p. 179-184.

qualquer natureza. Só nessa hipótese, em que se apura saldo positivo, existe capacidade contributiva para o imposto sobre a renda e proventos de qualquer natureza.

Temos, assim, que, na instituição do imposto sobre a renda e proventos de qualquer natureza, o princípio da capacidade contributiva, como um limite objetivo, impõe ao legislador, que o critério material de sua regra-matriz represente a expressão “auferir renda e proventos de qualquer natureza” e que a sua base de cálculo reflita, efetivamente, a “renda e os proventos de qualquer natureza”, de acordo com o conceito constitucional.

SÍNTESE CONCLUSIVA

O conceito de renda e proventos de qualquer natureza é constitucional, e, por isso, o legislador ordinário, ao instituir imposto sobre a renda e proventos de qualquer natureza, não pode expandi-lo. Se o fizer, estará alargando inconstitucionalmente a competência tributária da União e violando o princípio da capacidade contributiva.

Renda é o resultado positivo obtido ao final de um período de tempo, por meio de uma equação complexa, na qual se consideram não somente valores que ingressam no patrimônio do contribuinte, mas também os gastos necessários para a obtenção desses valores. Esses gastos, em sua expressão mínima, são aqueles indicados na Constituição como representativos do mínimo existencial.

A competência da União para tributar a renda e os proventos de qualquer natureza está circunscrita à tributação da riqueza nova, assim entendida aquela que foi produzida em um determinado período de tempo e se agregou definitivamente ao patrimônio da pessoa física ou jurídica, depois de deduzida dos gastos necessários à sua produção.

A apuração da renda e dos proventos de qualquer natureza pressupõe um período de tempo, durante o qual ocorrem ingressos e saídas patrimoniais. Tendo em vista que “renda e proventos de qualquer natureza” representam a riqueza nova que se agrega ao patrimônio ao final de um período de tempo, tanto os ingressos (elementos positivos) quanto as saídas patrimoniais (elementos negativos) devem ser considerados na sua apuração.

Importâncias tais como rendimentos, receitas, faturamento, ganhos, isoladamente consideradas, não são reveladoras de capacidade contributiva para o imposto sobre a renda, uma vez que, individualmente, não caracterizam renda ou proventos de qualquer natureza, mas meros ingressos patrimoniais, desvinculados da ideia de período de tempo.

Só possuem capacidade contributiva para o imposto sobre a renda e proventos de qualquer natureza aquelas pessoas, físicas ou jurídicas, que apuram, ao final de um período, acréscimo patrimonial representado pelo saldo positivo obtido a partir do confronto entre ingressos e saídas patrimoniais.

REFERÊNCIAS

- ATALIBA, Geraldo. Mesa de debates – Periodicidade do imposto de renda I, VII Congresso Brasileiro de Direito Tributário, realizado em 15 a 17 de setembro de 1993. *Revista de Direito Tributário*. São Paulo: Malheiros, 1994 (63): 19-25.
- ATALIBA, Geraldo. *Sistema constitucional tributário brasileiro*. São Paulo: RT, 1968.
- ATALIBA, Geraldo; GIARDINO, Cléber. Imposto de renda – capacidade contributiva – aparência de riqueza – riqueza fictícia – “renda” escritural – intributabilidade de correções monetárias. *Revista de Direito Tributário*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986 (38): 140-163.
- ÁVILA, Humberto. A hipótese de incidência do imposto sobre a renda construída a partir da Constituição. *Revista de Direito Tributário*. São Paulo: Malheiros (77): 103-119.
- BECKER, Alfredo Augusto. *Teoria geral do direito tributário*. 3.ed. São Paulo: Lejus, 1998.
- CARRAZZA, Roque Antonio. *Curso de direito constitucional tributário*. 30.ed. São Paulo: Malheiros, 2015.
- _____. Intributabilidade por via de imposto sobre a renda – férias e licenças-prêmio em pecúnia. *Revista de Direito Tributário*. São Paulo: Malheiros, (39): 163-169.
- CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de direito tributário*. 30.ed. São Paulo: Saraiva, 2019.
- _____. *Direito tributário, linguagem e método*. 7.ed., revista. São Paulo: Noeses, 2018.
- COSTA, Regina Helena. *Princípio da capacidade contributiva*. 4.ed, atualizada, revista e ampliada. São Paulo: Malheiros, 2012.
- DINIZ, Maria Helena. *Dicionário jurídico*. 4 v. São Paulo: Saraiva, 1998.
- GAMA, Tácio Lacerda. *Competência tributária: fundamentos para uma teoria da nulidade*. São Paulo: Noeses, 2009.
- GONÇALVES, José Artur Lima. Imposto de renda – o artigo 43 do CTN e a lei complementar 104/01. *Revista Dialética de Direito Tributário*. São Paulo: Dialética, 2001 (67): 109-116.
- _____. *Imposto sobre a renda: pressupostos constitucionais*. São Paulo: Malheiros, 2002.
- HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles; FRANCO, Francisco Manoel de Mello. *Dicionário Houaiss da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2009.
- JUSTEN FILHO, Marçal. VII Congresso Brasileiro de Direito Tributário. Mesa de debates. Periodicidade do imposto de renda I. *Revista de direito tributário*. São Paulo: Malheiros (63): 15-19.
- MELO, José Eduardo Soares de. *Contribuições sociais no sistema tributário*. 6.ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Malheiros, 2010.
- MOSQUERA, Roberto Quiroga. *Renda e proventos de qualquer natureza – o imposto e o conceito constitucional*. São Paulo: Dialética, 1996.
- MURPHY, Celia M. S. *O imposto sobre a renda à luz da Constituição*. São Paulo: Noeses, 2020.
- QUEIROZ, Luís Cesar Souza de. A tributação de lucros auferidos no exterior por controladas e coligadas: a posição do STF e a lei nº 12.973/2014. In: RODRIGUES, Daniele Souto; MARTINS, Natanael (coord.). *Tributação atual da renda. Estudo da Lei n. 12.973/14: da harmonização jurídico contábil à tributação de lucros no exterior*. São Paulo: Noeses, 2015, p. 199-264.
- QUEIROZ, Luís Cesar Souza de. *Imposto sobre a renda. Requisitos para uma tributação constitucional*. Rio de Janeiro: GZ, 2017.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 38.ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

SOUSA, Rubens Gomes de. A evolução do conceito de rendimento tributável. *Revista de Direito Público*, São Paulo, v.14, p. 339-346, out-dez 1970.



COISA JULGADA ADMINISTRATIVA E O DEVER PÚBLICO DA ADMINISTRAÇÃO DE INCREMENTAR A SEGURANÇA JURÍDICA

*Eduardo de Sampaio Leite Jobim*¹,
*Rafael Maffini*²

RESUMO

O presente artigo versa sobre o estudo da coisa julgada administrativa que é descrita como hipótese de autolimitação administrativa que decorreu do desenvolvimento da teoria dos atos próprios e que veda que a Administração Pública mantenha comportamentos contraditórios no âmbito de suas atividades decisórias, em vistas de garantir estabilidade ao direito interpretado nos casos concretos privilegiando os administrados de boa-fé. Será apresentado os fundamentos normativos da coisa julgada administrativa, que podem ser deduzidos de distintas leis e da própria Constituição. Será abordado, por fim, qual parte da decisão administrativa se torna estável em razão dos seus efeitos e a quem a coisa julgada deve vincular vincula tanto nos seus limites objetivos quanto subjetivos.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Público; Direito Administrativo; Coisa julgada administrativa; Autolimitação administrativa; Segurança jurídica

ADMINISTRATIVE RES JUDICATA AND THE LEGAL DUTY FOR THE PUBLIC ADMINISTRATION TO INCREASE LEGAL CERTAINTY

ABSTRACT

The main focus of these article is to study the administrative *res judicata* that is an hypothesis of administrative self-limitation that derives from the development of the theory of good-faith and which are administered by a public administration that maintains the contradictory controls in the scenario of its decisive activities, in the views. guaranteeing the right interpreted in specific cases favoring managers in good faith. It will be presented the normative foundations of the administrative *res judicata*, which can be deduced from different laws and the Constitution itself. Finally, it will be addressed which part of the administrative decision

¹ Professor Substituto de Direito Tributário e Financeiro da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). Doutorando em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Mestre em Direito Econômico e Financeiro pela Universidade de São Paulo (USP). teve experiência internacional na Fridderswide Middle School, na Cidade de Oxford, no Reino Unido. Exerceu funções públicas como Membro Titular do Conselho Administrativo de Tributos e Taxas de São Bernardo dos Campos. É membro da Academia Tributária das Américas (ATA) e foi membro da Internacional Fiscal Association (IFA), no ano de 2016.

² Professor Substituto de Direito Tributário e Financeiro da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). Doutorando em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Mestre em Direito Econômico e Financeiro pela Universidade de São Paulo (USP). teve experiência internacional na Fridderswide Middle School, na Cidade de Oxford, no Reino Unido. Exerceu funções públicas como Membro Titular do Conselho Administrativo de Tributos e Taxas de São Bernardo dos Campos. É membro da Academia Tributária das Américas (ATA) e foi membro da Internacional Fiscal Association (IFA), no ano de 2016.

becomes stable because of its effects and who judged something should be bound to both its limits and its objectives.

KEYWORDS: Public Law – Administrative law – administrative *res judicata* –administrative self-limitation – certainty in law

INTRODUÇÃO

O presente artigo visa redefinir o conceito de coisa julgada administrativa através da inclusão das implicações trazidas pela Lei 9.784/99 e pelos contornos dados pela jurisprudência dos Tribunais Superiores. A delimitação conceitual da coisa julgada administrativa será feita com o objetivo de reduzir progressivamente o estado de insegurança jurídica decorrente de decisões administrativas consolidadas, cujo efeitos, em alguns casos, parecem incertos aos administrados quando levada em consideração a chance de haver eventual revisão do que antes fora decidido pela própria Administração Pública.

Não são muitos os trabalhos científicos que versaram com maior profundidade sobre a estabilização das situações jurídicas oriundas dos atos administrativos no contexto das implicações trazidas pela Lei 9.784/99, muito embora, haja o reconhecimento doutrinário no sentido de que essa lei estabeleceu novas premissas para a sua ocorrência sendo ampliando gradual e consideravelmente o âmbito de proteção do particular frente ao agir do Estado.

Para a redefinição conceitual da coisa julgada administrativa será preciso analisar o que a doutrina entende por tal designação, verificando como os autores tradicionais do direito administrativo se posicionam sobre o assunto. Tal aproximação evidenciará o ‘estado da arte’ da doutrina brasileira dominante, sendo necessário compreender se os referidos administrativistas incluíram nas suas perspectivas os avanços trazidos pela Lei 9.784/1999 à noção de coisa julgada administrativa.

A fundamentação da noção de coisa julgada administrativa será realizada pela dedução de vários princípios constitucionais que mantêm conexão com o direito administrativo, dentre os quais podemos destacar o princípio da boa-fé e da proteção substancial da confiança, que constituem a faceta subjetiva da segurança jurídica, sendo esse elemento constitutivo do Estado de Direito. Neste quadrante, a coisa julgada administrativa será apresentada como uma decorrência necessária da atuação zelosa da Administração Pública, que deve ser coerente e não contraditória no seu agir, de modo que as situações jurídicas se estabilizem em favor dos administrados de boa-fé, após decorrido certo período de tempo, garantindo-lhes um ambiente de desejável segurança jurídica.

Além de apresentar-se a coisa julgada administrativa como obstáculo ao agir administrativo contraditório e desleal, a coisa julgada será apresentada como um limite ao agir estatal, cabendo ao presente estudo apontar qual parte da decisão administrativa se torna estável e a quem o efeito da coisa julgada deve vincular. Ao final, espera-se que seja apresentado os contornos concretos deste instituto jurídico que, na forma como entendemos, carece até hoje de delimitação no âmbito do direito administrativo brasileiro.

1. COISA JULGADA ADMINISTRATIVA E O DEVER DE ATUAÇÃO COERENTE E NÃO CONTRADITÓRIA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: AUTOLIMITAÇÃO ADMINISTRATIVA E VEDAÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA DE ATUAR CONTRA OS SEUS PRÓPRIOS ATOS

No direito positivo o processo designa uma sucessão de atos direcionados à tomada de decisão, que pode ser exarada pelo Poder Executivo, Legislativo e o Judiciário. As decisões proferidas nos variados tipos de processo são vertidas em linguagem competente e assumem formas de sentenças, acórdãos, decisões administrativas, entre outras, havendo variações dentre tais gêneros. Não cabendo mais Recurso, as decisões terminam por estabilizar o tema posto em litígio acarretando a desejável pacificação social pela consolidação jurídica das situações

Se ao final do processo não houvesse qualquer decisão final sobre o tema posto em debate, inexistiria razão para justificar a sequencia de atos até ali realizados, saindo o indivíduo fragilizado frente à instabilidade do direito vigente e inseguro sobre o direito futuro. A situação de insegurança jurídica justificou, que, após a tomada de uma decisão final de mérito, deva nascer para as partes envolvidas garantias institucionais de estabilização do direito declarado, sendo inviável que uma decisão possa ser revisada quando não mais comporte Recurso, não sendo possível admitir-se num Estado de Direito que as discussões se eternizem.

Tais constatações são exigências genéticas do Estado de Direito, que, seria meramente formal na eventualidade de não oferecer aos indivíduos algum grau de vinculação aos comportamentos estatais.³ No sistema jurídico brasileiro, a coisa julgada foi prevista no inc. XXXVI do art. 5.º da CF/88,⁴ sendo que tal previsão foi repetida e detalhada, com maior ênfase, pelo art. 6.º, § 3º da LINDB, bem como, pelo art. 502 e seguintes do Código de Processo Civil de 2015, que definiu “coisa julgada material a autoridade que torna imutável e indiscutível a decisão de mérito não mais sujeita a Recurso”.

Os dispositivos legais acima mencionados não esgotaram os contornos da coisa julgada tal como foi detalhada na teoria geral do processo, sendo que, na visão de alguns, a autoridade da decisão judicial **“funciona como limite objetivo à abertura da discussão, mesmo que argumentos relacionados à justiça da decisão possam ser trazidos”**.⁵ A definição de coisa julgada, para este ramo do estudo, parece envolver um conceito jurídico que qualifica uma decisão para lhe atribuir autoridade e eficácia.

Defende-se neste artigo, que tais consequências não se reduzem apenas as decisões emanadas pelo Poder Judiciário, sendo possível circunscrever efeitos estabilizadores para as decisões emanadas pela Administração Pública, sem que com isso deixemos de reconhecer peculiaridades próprias dos Poderes que emitem tais decisões. Aqui não tentamos transplantar os princípios e os efeitos da coisa julgada judicial ao âmbito de aplicação do direito administrativo, vez que a Administração

³ MOREIRA, Egon Brockmann; GOMES, Gabriel Jamur. A indispensável coisa julgada administrativa. *Revista de Direito Administrativo*, v. 277, n.º 2, maio/ago. 2018, p. 242.

⁴ “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: XXXVI - a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada.”;

⁵ ÁVILA, Humberto. *Segurança Jurídica: entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário*. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 353.

Pública detém características próprias e submete-se a princípios jurídicos diversos dos que norteiam a atividade desempenhada pelo Poder Judiciário,⁶ sobressaindo o poder geral de autotutela.⁷

O Poder Judiciário, ao seu turno, é titular do monopólio da jurisdição, sendo que a CF/88, através do seu art. 5.º, inciso XXXV, instituiu o princípio da unicidade da jurisdição. Trata-se do reconhecimento da inafastabilidade, pela lei, da apreciação da lesão ou ameaça da lesão a direito. Daí pode ser deduzido, que os atos e processos da Administração Pública são susceptíveis de revisão pelo Poder Judiciário. Naturalmente, tal constatação não oferece óbice para que seja atribuído um sentido próprio a coisa julgada administrativa, que deve ser aplicável e vinculante no âmbito da própria Administração Pública.

A coisa julgada administrativa foi rechaçada por parte da doutrina através de argumentos que podem ser agrupados conforme o seu fundamento. a) Di Pietro⁸ aponta que o administrador seria parcial para jugar um processo administrativo, diferindo do Juiz que atua investido da função jurisdicional. Assim, a autora entende que o administrador incumbido do processo decisório, na administração pública, seria um sujeito interessado ou comprometido com um lado do processo, de forma que lhe faltaria isenção para apreciar a matéria levada perante si, tornando-se impossível imaginar que qualquer decisão fosse irreversível perante a Administração Pública;⁹⁻¹⁰ b) outros autores discutiram sobre a impossibilidade de se fazer uso da expressão **coisa julgada administrativa para se referir à eficácia estabilizadora das decisões administrativas**, vez que **“a coisa julgada seria um atributo exclusivo da decisão proferida pela autoridade jurisdicionais”**;¹¹ c) a coisa julgada decorreria da atividade privada dos membros do Poder Judiciário, que teriam finalidades institucionais distintas daquela missão da administração pública incumbida de zelar pelo interesse público.¹²

Independentemente das opiniões contrárias, os críticos da terminologia não deixaram de reconhecer que existem certas decisões administrativas que se tornam estáveis, para o administrado e própria administração, ainda que essa situação não seja denominada propriamente de coisa **julgada** administrativa, já a coisa julgada seria um

⁶ PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 25. ed. São Paulo: Atlas. 2012, p. 802-803.

⁷ MOREIRA, Egon Brockmann; GOMES, Gabriel Jamur, A indispensável coisa julgada administrativa. *Revista de Direito Administrativo*, v. 277, n.º 2, maio/ago. 2018, p. 242.

⁸ MOREIRA, Egon Brockmann; GOMES, Gabriel Jamur, A indispensável coisa julgada administrativa. *Revista de Direito Administrativo*, v. 277, n.º 2, maio/ago. 2018, p. 242.

⁹ Segundo Maria Sylvia Zanella Di Pietro: “Na função administrativa, a Administração Pública é parte na relação que aprecia; por isso mesmo se diz que a função é parcial e, partindo do princípio de que ninguém é juiz e parte ao mesmo tempo, a decisão não se torna definitiva, podendo sempre ser apreciada pelo Poder Judiciário, se causar lesão ou ameaça de lesão”. (PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 25. ed. São Paulo: Atlas. 2012, p. 803). (grifo no original).

¹⁰ Os argumentos neste sentido, foram expostos por Egon Bockmann Moreira (*Processo administrativo*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2017. p. 50-68).

¹¹ “[...] Inexiste, entre nós, a verdadeira coisa julgada administrativa, porque, por força do preceito constitucional, nenhuma lesão ou ameaça a direito será excluída da apreciação do Poder Judiciário (CF, art. 5, XXXV). A este cabe o monopólio da jurisdição, perante a qual se alcançará a última palavra em termos de solução dos litígios (inclusive os que envolvam a Administração Pública).” (THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil- Teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento*. 52.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 540).É o que descreve MOREIRA, Egon Brockmann; GOMES, Gabriel Jamur, A indispensável coisa julgada administrativa. *Revista de Direito Administrativo*, v. 277, n.º 2, maio/ago. 2018, p. 250.

¹² MOREIRA, Egon Brockmann; GOMES, Gabriel Jamur, A indispensável coisa julgada administrativa. *Revista de Direito Administrativo*, v. 277, n.º 2, maio/ago. 2018, p. 250.

fenômeno próprio provenientes do Poder Judiciário; d) outros autores argumentam que a coisa julgada administrativa seria impossibilitada pelo dever da Administração de **policar a legalidade** para usar um termo de Miguel Reale.¹³ Nessa perspectiva, haveria uma incompatibilidade entre a autolimitação decorrente da coisa julgada administrativa e o pleno exercício do poder-dever de autotutela da Administração. Tal argumento conduziu a conclusão de que, se a administração tem o dever de rever os seus atos em face da legalidade, não haveria espaço para uma estabilização das situações jurídicas debatidas entre o Estado e o particular.¹⁴

Embora exista um grupo de autores que negue a inexistência da chamada coisa julgada administrativa, há um razoável consenso por parte da doutrina que aceita, com temperamentos,¹⁵ os efeitos da estabilização de situações jurídicas apreciadas pela Administração Pública.¹⁶ Este segmento da doutrina prefere descrever tais efeitos, através de termos como **estabilidade**,¹⁷ **irretratabilidade**,¹⁸ **irrevogabilidade da decisão administrativa**,¹⁹ **imutabilidade**,²⁰ **imodificabilidade dos atos administrativos** ou como **preclusão**.²¹

¹³ REALE, Miguel. *Revogação e anulação do ato administrativo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980. p. 187.

¹⁴ A distinção entre coisa julgada formal e material, pode ser encontrada em Justen Filho, que aponta “não [ter] cabimento aludir a coisa julgada material relativamente à competência normativa abstrata da Administração Pública. A coisa julgada material, no direito processual, é um efeito que se pode produzir no tocante à composição da lide e que gera a imutabilidade dos efeitos da sentença”. (JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 12.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 216-217)

¹⁵ MOREIRA, Egon Brockmann. *Processo administrativo: princípios constitucionais e a Lei 9.784/99*. Processo administrativo. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2017. p. 356.

¹⁶ Nesse sentido, cf. “O fundamento jurídico mais evidente para a existência da “coisa julgada administrativa” reside nos princípios da segurança jurídica e da lealdade e boa-fé na esfera administrativa”. (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 469); “[...] A coisa julgada administrativa, desse modo, significa tão somente que determinado assunto decidido na via administrativa não mais poderá sofrer alteração *nessa mesma via administrativa*, embora possa sê-lo na via judicial. Os autores costumam apontar que o instituto tem sentido de indicar mera irretratabilidade dentre da Administração, ou a preclusão da via administrativa para o fim de alterar o que foi decidido da outra esfera de poder – a judicial. Podemos conceituar, portanto, a coisa julgada administrativa como sendo a *situação jurídica pela qual determinada decisão firmada pela Administração não mais pode ser modificada na via administrativa*”. (CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 26.ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 966-967) grifo no original; “[...] Quando inexistente, no âmbito administrativo, possibilidade de reforma da decisão oferecida pela Administração Pública, está-se diante da coisa julgada administrativa”. (GASPARINI, Diógenes. *Direito administrativo*. 16ª edição. São Paulo: Saraiva. 2011, p. 1040)

¹⁷ BANDEIRA DE MELLO. Oswaldo Aranha. *Princípios gerais de Direito Administrativo*. 3.ed., São Paulo: Malheiros. Vol. 1, 2007. p-635-636.

¹⁸ A expressão irretratabilidade da decisão pela própria Administração foi usada por Maria Sylvia Zanella Di Pietro: “a expressão coisa julgada, no Direito Administrativo, não tem o mesmo sentido que no Direito Judiciário. Ela significa apenas que a decisão se tornou irretatável pela própria Administração”. (PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 25. ed. São Paulo: Atlas. 2012, p. 803).

¹⁹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 459-460.

²⁰ A expressão imutabilidade é utilizada e decorre da dicção do art. 502 do CPC/2015 “denomina-se coisa julgada material a autoridade que torna imutável e indiscutível a decisão de mérito não mais sujeita a recurso”.

²¹ Para Hely Lopes Meirelles “a denominada coisa julgada administrativa [...] é apenas uma *preclusão de efeitos internos*, não tem alcance da *coisa julgada judicial*, porque o ato jurisdicional da Administração não deixa de ser um simples ato administrativo decisório, sem a força conclusiva do ato jurisdicional do Poder Judiciário. Falta ao *ato jurisdicional administrativo* aquilo que os publicistas norte-americanos chamam de *the final enforcing power*” (*Direito administrativo brasileiro*. 39. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 758) grifo no original; A coisa julgada administrativa como preclusão pode ser vista, dentre muitos em, Sérgio Ferraz. “Processo administrativo: prazos e preclusão”. In: SUNDFELD, Carlos Ari; MUÑOZ, Guillermo Andrés. *As leis de processo administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2006; “[...] Na esfera administrativa, com a decisão administrativa final da Câmara Revisora, confirmado o julgamento de uma das Câmaras do Conselho de Contribuintes, há total preclusão ou a impropriamente denominada ‘coisa julgada administrativa’.” (FIGUEIREDO, Lúcia Valle. Possibilidade jurídica de anulação, mediante ação judicial, de decisão de mérito proferida pelo Conselho de Contribuintes. In. *Coisa julgada tributária*. MARTINS, Ives Gandra da Silva; PEIXOTO, Marcelo Magalhães; ELALI, André. São Paulo : MP Editora. 2005, p. 281.

Parece-nos que o problema semântico não é relevante, na medida que há consenso doutrinário quanto ao reconhecimento de que existem decisões que se tornam estáveis ao administrado e não são suscetíveis à revisão no âmbito da própria administração pública.

Inexiste um fundamento legal que ofereça uma definição ou que tenha delimitado adequadamente o que chamamos de “coisa julgada administrativa”. Trata-se de uma construção teórica que expressa uma **implicação lógica** que conecta elementos antecedentes (ato administrativo, comportamento do Estado, comportamento de boa-fé do administrado, critério cronológico, etc.) a uma dada consequência jurídica, fazendo nascer limites ao Estado em relação à prerrogativa de alteração de condutas ou modificação de atos produtores de efeitos favoráveis aos destinatários, ainda quando praticados à margem da lei.²²

A noção de coisa julgada administrativa tem por premissa o princípio da proteção substancial da confiança que surgiu através da dedução do princípio do Estado de Direito²³ e da segurança jurídica, sendo dessa uma feição subjetiva, que tem por finalidade, dentre outras, a adoção de condutas que protejam a confiança depositada legitimamente pelos cidadãos nos atos do Estado, mesmo quando praticados contra à ordem jurídica, desde que a confiança depositada neste ato seja legítima, em função da boa-fé, e desde que passado um lapso temporal ensejando a preservação ou manutenção dos atos administrativos. A constitucionalização do princípio da segurança jurídica e a ideia de proteção da confiança legítima do administrado foi incorporada pela jurisprudência dos Tribunais brasileiros apenas recentemente,²⁴ sendo que no âmbito doutrinário foi Almiro do Couto e Silva²⁵ um dos seus primeiros defensores. Esse difundiu por aqui, a noção que começou a se consolidar na Alemanha a partir da decisão do Superior Tribunal Administrativo de Berlin, de 14 de novembro de 1956 (caso da viúva de Berlin).²⁶ Desse momento em diante, o reconhecimento da segurança jurídica como faceta subjetiva da proteção da confiança legítima se expandiu nesse país, passando a ter previsão expressa na Lei de Processo Administrativo de 1976 (§ 48º), para ganhar acolhimento amplo no Tribunal Constitucional Federal, nas décadas de 1960 e 1970.²⁷ Da Alemanha, o princípio da proteção da confiança foi alçada como **princípio fundamental do Direito Comunitário** através de julgados da Corte de

²² COUTO E SILVA, Almiro. O princípio da segurança jurídica (proteção à confiança) no Direito Público brasileiro e o direito da administração pública de anular os seus próprios atos administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da lei do processo administrativo da União (Lei nº 9.784/99). *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 237, jul./set. 2004, p. 274.

²³ Sylvia Calmes aponta que os germânicos deduziram a ideia da proteção da confiança legítima do princípio do Estado de Direito, através do princípio da segurança jurídica, na sequência da famosa “cadeia de dedução” (“Ableitungskette”): “Estado de direito - segurança jurídica - proteção de confiança legítimas”. (CALMES, Sylvia. “Le principe de sécurité juridique en droits allemand, communautaire et français. In. *Revue du notariat*, n. 110, v. 2, 2008. p. 287–309. Disponível em <https://doi.org/10.7202/1045539ar>. Consultado em 03 de outubro de 2019).

²⁴ MC 2.900-RS, MS nº 24268/MG e MS 22357/DF.

²⁵ COUTO E SILVA, Almiro. O princípio da segurança jurídica (proteção à confiança) no Direito Público brasileiro e o direito da administração pública de anular os seus próprios atos administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da lei do processo administrativo da União (Lei nº 9.784/99). *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 237, jul./set. 2004; _____. Princípios da legalidade da administração pública e da segurança jurídica no estado de direito contemporâneo. *Revista de Direito Público*, São Paulo, n. 84, out./dez 1987; _____. Prescrição quinquenária da pretensão anulatória da administração pública com relação a seus atos administrativos. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 204, abr./jun. 1996.

²⁶ Cf. MAURER Hartmut. *Elementos de direito administrativo alemão*. Tradução Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Safe, 2001. p. 70-71.

²⁷ CALMES, Sylvia. Du principe de protection de la confiance légitime en droits allemand, communautaire et français. Paris: Dalloz, 2001, p. 24 e seguintes.

Justiça da Comunidade Europeia, sendo que se daí se espalhou para os demais países do bloco europeu interpenetrando, conforme o caso, o direito interno de cada Estado Membro.²⁸

Inicialmente, Couto e Silva discorreu sobre a possibilidade de desfazimento dos atos administrativos pela própria administração pública (autotutela), sendo que, num segundo momento discorreu sobre as **regras limitadoras** para o desfazimento de atos pela Administração Pública. Até a instituição da lei que regulou o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal inexistia qualquer disposição de regência sobre o desfazimento dos atos administrativos, havendo incertezas acerca dos limites para que a Administração Pública proceder nesse sentido. Diante de tais dúvidas, os órgãos de controle e os administrados restavam inseguros (i) no que se referia ao procedimento exigido para o desfazimento dos atos decisórios e, (ii) quanto aos prazos para o seu exercício.²⁹ Por esses e outros motivos, foi necessário a elaboração de uma lei geral sobre o processo administrativo no âmbito da União. Essa foi introduzida também em vistas de oferecer estabilidade ao direito dos administrados. O sistema carecia de instrumentos jurídicos capazes de aperfeiçoar o cumprimento dos fins da Administração Pública, que deveria atuar de forma consentânea com os princípios constitucionais previstos na ordem constitucional vigente. Foi nesse contexto que a Lei n.º 9.784/99 foi aprovada, passando a exigir adesão a Administração Pública tanto à lei quanto ao Direito, sendo reforçado o rol de princípios elencados no art. 2.º, que em grande medida correspondeu os princípios estabelecidos pelo *caput* do art. 37 da CF/88.

As questões atinentes ao prazo e forma foram positivadas pela Lei 9.784/1999, sendo que essa incorporou o conteúdo das Súmulas n.º 346³⁰ e n.º 473³¹ do STF. Assim, passou o art. 53³² a estabelecer condicionantes para o desfazimento dos atos administrativos, sendo que o art. 54³³ estabeleceu um prazo decadencial para o exercício do poder de autotutela pela Administração Pública. Uma vez ultrapassado o prazo quinquenal, restará alcançado pela decadência o direito de anulação, que não poderá

²⁸ Cf. CALMES, Sylvia. ‘Le principe de sécurité juridique en droits allemand, communautaire et français. In. *Revue du notariat*, n. 110, v. 2, 2008. p. 287–309. Disponível em <https://doi.org/10.7202/1045539ar>. Consultado em 03 de outubro de 2019; COUTO E SILVA, Almiro. O princípio da segurança jurídica (proteção à confiança) no Direito Público brasileiro e o direito da administração pública de anular os seus próprios atos administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da lei do processo administrativo da União (Lei n.º 9.784/99). *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 237, jul./set. 2004, p. 282-285.

²⁹ Antes da edição da Lei 9.784/1999, já existiam no direito brasileiro entendimentos, doutrinários e jurisprudenciais, que estabeleciam limites ao livre desfazimento dos atos administrativos: “[...] os atos inválidos praticados pela Administração Pública, quando permanecem por largo tempo, com a tolerância do Poder Público, dando causa a situações perfeitamente consolidadas, beneficiando particulares que estão de boa-fé, convalida, convalidam ou sanam” (COUTO E SILVA, Almiro do. Princípio da legalidade da Administração Pública e da segurança jurídica no Estado de Direito Contemporâneo. *Revista de Direito Público*, São Paulo, v. 84, out.-dez, 1997, p. 60-61).

³⁰ Súmula 346: “A Administração Pública pode declarar a nulidade dos seus próprios atos”.

³¹ Súmula 473: “A Administração [Pública] pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial”.

³² Art. 53. “A Administração deve anular seus próprios atos, quando eivados de vício de legalidade, e pode revogá-los por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos”.

³³ Art. 54. “O direito da Administração de anular os atos administrativos de que decorram efeitos favoráveis para os destinatários decai em 5 (cinco) anos, contados da data em que foram praticados, salvo comprovada má-fé”.

ser exercido, salvo exceções, pela via administrativa e em alguns casos até pela via judicial.³⁴

A lei reconheça ser incoerente o comportamento estatal que reveja um ato administrativo cujo efeito é ampliativo ao administrado, em contrariedade com o que foi decidido anteriormente, de modo que numa concorrência entre legalidade administrativa e proteção da confiança vence a última, quando cumpridos os requisitos legais. Para o reconhecimento de um comportamento contraditório são exigidos dois comportamentos diferidos no tempo provenientes da Administração Pública. O primeiro é contrariado pelo segundo comportamento do Estado, que age contrariamente à posição anterior.³⁵

Percebe-se que a Lei 9.784/1999 trouxe um novo paradigma ao direito administrativo brasileiro, vez que inseriu, no âmbito do Direito Público, princípios jurídicos até então desenvolvidos no ambiente acadêmico. Dentre as suas principais inovações, a lei prescreveu o poder-dever de autotutela administrativa,³⁶ consagrou os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da boa-fé no Direito Administrativo; estruturou com maior precisão as garantias do devido processo legal; vedou interpretações com efeitos retroativos; exigiu atuação segundo padrões éticos de propriedade e decoro; impôs adequação entre meios e fins, vedando a imposição de obrigações, restrições e sanções em medida superior àquelas estritamente necessárias ao atendimento ao interesse pública, etc. Por estes e por outros aspectos já reconhecidos na doutrina vemos que a lei inovou para estabelecer limites para conter o poder do Estado na sua relação com os administrados, sendo que também impôs deveres ao administrado perante a Administração, como proceder com lealdade e boa-fé.

Como base nessa lei e forte nos princípios constitucionais previstos na CF/88, entende-se possível construir os contornos jurídicos da coisa julgada administrativa, sendo que os seus fundamentos jurídicos são baseados nos limites das normas que regem a administração pública. Tudo nos habilitará a apresentar o seu regime jurídico que é alicerçado na proteção substancial da confiança, tomada como feição subjetiva da segurança jurídica, que reconhece que os comportamentos administrativos geram legítimas expectativas em relação à contraparte, de modo que não se admite que o Estado seja desleal e quebre a confiança gerada no administrado através de atos contraditórios.

Forte nesta noção, a coisa julgada administrativa deve ser construída por dedução do princípio da proteção substancial da confiança. Tal categoria jurídica deriva imediatamente do princípio da segurança jurídica e, mediamente, do princípio do Estado de Direito, do qual defluem várias outras normas jurídicas que se interconectam, como a legalidade e a juridicidade, no sentido de submissão do Estado

³⁴ COUTO E SILVA, Almiro. O princípio da segurança jurídica (proteção à confiança) no Direito Público brasileiro e o direito da administração pública de anular os seus próprios atos administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da lei do processo administrativo da União (Lei nº 9.784/99). *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 237, jul./set. 2004, p. 291-293.

³⁵ MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado. Critérios para sua aplicação*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 675.

³⁶ A Administração tem o dever (e não à faculdade) de anular os atos ilegais como se denota do art. 53 da Lei 9.784/1999. Embora o dispositivo imponha esse dever de anulação, tal previsão cede quando confrontada com o art. 54 que, em homenagem ao princípio da segurança jurídica, excetua do dever de anulação atos ilegais favoráveis aos administrados que os obtiveram de boa-fé, sempre que ultrapassado o prazo de cinco anos para o seu desfazimento.

à ordem jurídica como um todo; na submissão do Estado a mecanismos de controle e de responsabilização pelo abuso; na separação dos poderes e independências das funções estatais.

Como explicitado na doutrina, a segurança jurídica (na feição subjetiva), vincula-se através da do princípio da proteção substancial da confiança “que tem finalidade voltada à obtenção de um estado de coisas que enseje estabilidade, previsibilidade e calculabilidade dos atos, procedimentos ou simples comportamentos estatais e que traz consigo deveres comportamentais mediatos que impõem a preservação de atos estatais e de seus efeitos”.³⁷

É no âmbito de tais comportamentos mediatos e em vistas da obtenção de estabilidade das situações jurídicas, que a coisa julgada administrativa figura como limite que zela pelo respeito a situações nas quais a Administração haja decidido contenciosamente determinada questão.³⁸ Ela atua garantindo posições jurídicas já definidas e assegurando um direito subjetivo ao administrado sobre os atos ampliativos³⁹ oriundos da Administração Pública. Não é possível de se excluir o resguardo de posições jurídicas do administrado em situações não contenciosas, porém preferimos associar o termo coisa julgada administrativa para situações em que a Administração Pública tenha “*formalmente assumido a posição de aplicar o Direito a um tema litigioso; portanto, também, com as implicações de um contraditório*”.⁴⁰

A coisa julgada administrativa compreende exclusivamente os “atos ampliativos” da esfera jurídica do administrado, de forma que resguarda os “efeitos favoráveis da decisão para o administrado”, sendo que decisões indiferentes ou desfavoráveis não se somam ao patrimônio jurídico do administrado, podendo ser revisto, sem empecilho cronológico, pela Administração Pública. Da forma como compreendemos, os atos ampliativos podem ser categorizados como aqueles que “*alargam a esfera jurídica do destinatário, causando-lhe um efeito favorável, seja porque autorizaram o exercício de um novo direito, seja porque ampliam direito já existente, ou, ainda, restringem ou extinguem limitações a direitos dos destinatários*”.⁴¹

Em decorrência do princípio de unicidade da jurisdição vigente no ordenamento brasileiro **a imutabilidade proveniente da coisa julgada administrativa aplica-se**

³⁷ MAFFINI, Rafael. Princípio da proteção substancial da confiança no direito administrativo brasileiro. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2006, p. 55.

³⁸ BANDEIRA DE MELLO. Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 31.ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 468.

³⁹ BANDEIRA DE MELLO. Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 31.ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 468. Neste sentido, a jurisprudência: “PREVIDENCIÁRIO – RECURSO ESPECIAL – RECONHECIMENTO DE TEMPO DE SERVIÇO RURAL ANTERIOR AOS 14 ANOS DE IDADE - POSSIBILIDADE - RECONHECIMENTO PELA PRÓPRIA AUTARQUIA PREVIDENCIÁRIA. - No caso em exame, o período de atividade rural trabalhado pela autora em regime de economia familiar a partir dos 12 anos de idade (23.11.72 a 30.11.79) foi admitido pela autarquia previdenciária, consoante a carta de deferimento do pedido de averbação por tempo de serviço, emitida em 26.09.95 (fls. 29), constituindo ato perfeito e acabado, tornando-se irretratável perante a própria administração e criando direito subjetivo ao segurado, o que torna desnecessária outra forma de comprovação. Assim, estando conforme ao entendimento deste Tribunal, não se há de afrontar a coisa julgada administrativa, aplicando-se critério diverso daquele adotado quando da averbação. - Precedentes desta Corte. - Recurso conhecido, porém desprovido, reconhecendo-se o tempo de serviço trabalhado pela autora como rurícola, em regime de economia familiar, anterior aos 14 anos de idade” (STJ, 5a T., Resp 200300191646, rel. Min. Jorge Scartezini, j. em 07.10.2003, DJ 15/12/2003, p. 372).

⁴⁰ BANDEIRA DE MELLO. Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 31.ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 468.

⁴¹ PETIAN, Angélica. *Regime jurídico dos atos ampliativos e restritivos de direitos*. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 103-104.

somente à Administração Pública, sendo que nada impede que o Poder Judiciário reveja tal decisão se estiverem presentes as condições autorizativas ao seu controle. A revisão da literatura sobre o tema nos permitiu identificar que a coisa julgada administrativa estará condicionada ao atendimento de certos requisitos, sem os quais não será possível atribuir estabilidade as decisões firmadas pela administração pública. Alguns desses condicionamentos estão previstos na lei, sendo que outros são decorrentes da jurisprudência dos tribunais superiores, como o STJ e o STF.

Alguns julgados exigem que a decisão benéfica ao particular tenha advindo de processo administrativo, razão pela qual seria requisito que a decisão tenha natureza *judicante ou contenciosa*⁴² para que ficasse configurada a coisa julgada administrativa. A ocorrência da coisa julgada administrativa, ademais, estaria condicionada aos pronunciamentos em última instância.

Ficam excluídos da materialização da coisa julgada: a) os atos administrativos enunciativos de direito, como as certidões; b) os fatos e as operações materiais, porque desses não se afiguram como atos jurídicos,⁴³ já que são meras ações de implementação da função administrativa, como manter a cidade limpa ou cortar uma árvore; c) os atos precários, já que é da natureza desse ato poder ser revogável a qualquer momento, não havendo objeto a ser protegido pelo efeito próprio da coisa julgada administrativa (ex: a autorização de uso de bem público para realização de prática de determinada atividade pelo particular).

A lei exige que o beneficiado pela coisa julgada administrativa tenha agido de boa-fé, pois *"a coisa julgada administrativa protege é a boa-fé do cidadão, a medida que limita a discricionariedade administrativa e lhe assegura a manutenção das decisões que lhe beneficiaram"*.⁴⁴ A má-fé que é destacada no art. 54 da Lei 9.784/1999 é conectada ao comportamento indevido do particular, que não deve ser favorecido pelo ato ilegal passível de decadência.⁴⁵ Esse não podem ter agido dolosamente, com emprego de ardil e ou fraude, para se beneficiar do ato administrativo que termine por lhe beneficiar. O agir doloso não pode ser presumido, de modo que a má-fé precisa ser *"comprovada"* na forma do art. 54 da Lei 9.784/99".⁴⁶ Percebe-se que não é colocado em causa se o agente público que praticou o ato estava de má-fé; o enfoque do agir recaí sobre a pessoa

⁴² Segundo a jurisprudência do STF, "[...] o ato administrativo é, em geral, revogável. Mas a decisão do ministro, provendo ou confirmando julgamento do conselho de recursos da propriedade industrial, é irrevogável, pela sua natureza judicante, conceito de coisa julgada administrativa" (STF, 2ª T., RE 23.830, Rel. Min. Antônio Villas Boas, j. em 13.11.1957).

⁴³ "[...] As certidões são atos administrativos enunciativos, ou seja, a Administração apenas se limita a certificar ou a atestar um fato, sem se vincular ao seu enunciado. Assim, não se pode aproveitar período exercido pelo magistrado na advocacia, embasado na presunção de veracidade de certidão oriunda de outro Tribunal de Justiça da Federação se, instado a comprovar as devidas contribuições previdenciárias junto a Corte de origem, deixa de fazê-lo apenas alegando "coisa julgada administrativa". 2 - Na via processual constitucional do mandado de segurança, a liquidez e certeza do direito deve vir demonstrada *initio litis*, através da prova pré-constituída. A ausência, de um destes pressupostos, acarreta o indeferimento da pretensão. Inteligência do art. 8º, da Lei no 1.533/51. 3 - Precedentes (RMS nos 6.195/PR e 6.440/GO). 4 - Recurso conhecido, porém, desprovido" (STJ, 5ª Turma. RMS 199800011811, Rel. Min. Jorge Scartezini, j. em 06.08.2012, DJ 28/10/2002, p. 328).

⁴⁴ MARRARA, Thiago. A boa-fé do administrado e do administrador como fator limitativo da discricionariedade administrativa. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 259, p. 207-247, jan./abr., 2012. p. 234.

⁴⁵ COUTO E SILVA, Almiro. O princípio da segurança jurídica (proteção à confiança) no Direito Público brasileiro e o direito da administração pública de anular os seus próprios atos administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da lei do processo administrativo da União (Lei nº 9.784/99). *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 237, jul./set. 2004, p. 304-305;

⁴⁶ Art. 54 da Lei 9.784/99 "o direito da Administração de anular os atos administrativos de que decorram efeitos favoráveis para os destinatários decai em cinco anos, contados da data em que foram praticados, salvo comprovada má-fé."

do beneficiário da decisão administrativa, que não pode induzir maliciosamente o agir da Administrativa Pública, em vistas de ter garantida uma posição jurídica ampliativa de direito. Esse é o entendimento do STF, que proferiu decisão que versou sobre o “recebimento de auxílio-moradia com má-fé”. Segundo a Corte, o “servidor que recebeu auxílio-moradia apresentando declaração falsa de que havia se mudado para outra cidade terá que ressarcir o erário e devolver os valores recebidos, mesmo que já se tenha passado mais de 5 cinco anos da data em que o pagamento foi autorizado”.⁴⁷

Diante da apresentação destes elementos, parece-nos possível circunscrever da realidade constitucional brasileira, da lei e da jurisprudência do STF e STJ, os elementos que convergem em torno da categoria jurídica em estudo, caracterizando-se a coisa julgada administrativa, como a: a) imutabilidade para a autoridade administrativa da esfera de direitos do administrado, b) que esteja munido de boa-fé e, que seja: c) derivada de decisão ampliativa da esfera de direitos do administrado; d) e que observe o devido processo legal; e) que como regra, seja proferida após o termino do processo administrativo, embora seja admitido a atribuição dos *efeitos* semelhantes ao de coisa julgada administrativa em outras situações não decorrentes de processos administrativos⁴⁸; f) da qual não caiba mais recurso, embora desnecessário o esgotamento das instâncias recursais, como no caso em que inexista recurso interposto pela própria administração pública; g) e que não decorra de interpretação que não afronte diretamente à ordem constitucional vigente.

Parece-nos que a proteção substancial da confiança não implica num obstáculo intransponível de imutabilidade das relações jurídicas definidas pela administração, já que ela poderá rever o ato administrativo dentro do prazo legal, consistindo o aspecto temporal apenas um dos critérios da decadência tratada no referido dispositivo legal previsto pelo art. 54. da Lei 9.784/1999, havendo, além dele, o elemento subjetivo. Ainda que transcorridos o prazo de cinco anos, não ocorrerá a decadência se ficar demonstrada a má-fé. Tal comprovação, depende da instauração de procedimento administrativo regular. O que o princípio da proteção substancial da confiança produz “é um estado de coisas que visa à estabilização de efeitos emergentes de relações jurídicas se essas possuírem elementos de confiança depositada na ação estatal que, por razões peculiares a cada um dos casos, possa ser considerada legítima e, portanto, merecedora de tutela jurídica”.⁴⁹

As decisões administrativas que forem embasadas em leis obscuras, confusas e visivelmente ilegais não são capazes de gerar expectativa para ninguém, visto que, tal qual decorre da tradicional jurisprudência germânica quando abordado o tema da

⁴⁷ STF, 1.º MS 32.569/DF, rel. org. Min. Marco Aurélio, redator. Para o acórdão Min. Edson Fachin, julgado em 13/09/2016.

⁴⁸ Inúmeras possibilidades podem ser mencionadas, como as aventou Lúcia Valle Figueiredo. Essa entende haver *efeitos* de coisa julgada administrativa nas “a) hipóteses em que a decisão administrativa se torna irrevogável por razões de mérito (oportunidade e conveniência), como ocorre: (I) quando o ato é vinculado e gerou direito adquirido (conforme Súmula 473, do Supremo Tribunal Federal); (II) quando o ato integra um procedimento, com várias fases, em que cada novo ato provoca a preclusão com relação ao ato anterior; (III) quando exaurida a competência relativamente ao objeto do ato, porque o ato já está sob apreciação de autoridade hierarquicamente superior, por provocação do interessado ou *ex officio*; (IV) quando o ato já exauriu os seus efeitos. b) a ocorrência de prescrição na esfera judicial; c) a decisão proferida pelo Poder Judiciário, com força de coisa julgada”. (DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. Limites da utilização de princípios do processo judicial no processo administrativo. *Revista do TCE/RJ*, Rio de Janeiro, n.º 12, 2016).

⁴⁹ MAFFINI, Rafael. *Princípio da proteção substancial da confiança no direito administrativo brasileiro*. Porto Alegre: Verbo Jurídico. 2006, p. 211.

irretroatividade das leis,⁵⁰ parece que o cidadão cauteloso *não* pode confiar na aparência jurídica produzida por uma decisão baseada em lei em larga medida inválida ou ilegal, nem tampouco pode confiar em direito frontalmente inconstitucional, como bem apontou decisão do STF já referida.

Definidas tais premissas, podemos indicar que a conceito de coisa julgada administrativa, é a **qualidade que torna inalterável para a Administração Pública o efeito do ato administrativo ou da decisão administrativa que tenha ampliado a esfera de direitos do administrado, que esteja de boa-fé, e que seja proferida ao término de processo administrativo (mas não somente nessas hipóteses), em relação ao qual não caibam mais recursos, que observe o devido processo legal, e que tem como fundamento o Estado de Direito, que garante a segurança jurídica, em especial na sua dimensão subjetiva, ligada a proteção da confiança, e que veda o comportamento contraditório por parte da Administração Pública.**

Apresentados os requisitos apontados pela doutrina brasileira que permitem a definição dos contornos da coisa julgada administrativa, cabe-nos indagar sobre **os limites e efeitos decorrentes do objeto deste estudo**. Busca-se identificar que parcela da decisão passada em julgado recaí a qualidade de coisa julgada administrativa, e ainda, saber a **quem** ficaria vinculado aos efeitos da decisão impassível de modificação. Tais indagações serão respondidas no próximo ponto, que versará sobre **os limites da coisa julgada administrativa**.

2. LIMITES DA COISA JULGADA ADMINISTRATIVA E EFEITOS PRECLUSIVOS: LIMITES OBJETIVOS E SUBJETIVOS DA PRECLUSÃO ADMINISTRATIVA

2.1 Limites objetivos da coisa julgada administrativa

Este ponto visa responder quais os efeitos da decisão que se tornam estáveis. Defende-se aqui, que a coisa julgada administrativa deve recair **imediatamente** sobre o conteúdo declaratório da decisão emanada pela autoridade administrativa e **mediatamente** sobre os demais efeitos dessa decorrentes.

Assim, é possível imaginar que uma dada decisão seja proferida pelo Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (“CARF”), do Ministério da Fazenda, que declare a **“não incidência do imposto de renda sobre os rendimentos percebidos à título de bolsa de estudos, nos anos de 2001 até 2006”**. Em nossa compreensão, seria apenas a parte dispositiva da decisão que se tornaria vinculativa à Autoridade Administrativa; no mais, entendemos que a decisão emanada pela Autoridade Fiscal deva recair **mediatamente**, por exemplo, para exonerar o contribuinte da obrigação de declarar tais rendimentos como tributáveis.

Entende-se, ademais, que a coisa julgada administrativa não atinge os fundamentos pelos quais se apoiam a decisão e que a motivam, não sendo abrangido, da mesma forma, o chamado *obter dictum*, de modo que só fará coisa julgada administrativa o conteúdo declaratório da questão decidida. A autoridade

⁵⁰ Cf. neste sentido as decisões do Segundo Senado do Tribunal Constitucional Federal alemão, de 07 de julho de 2010: Julgamento conjunto dos casos 2 BvL 14/02; 2 BvL 2/04; 2 BvL 13/05.

administrativa que tenha emanado a decisão ficará vinculada ao conteúdo da decisão enunciada, surgindo, pois, ao administrado, o direito subjetivo de exoneração da obrigação que tenha resultado, no exemplo dado, na constituição do Auto de Infração com Imposição de Multa.

Percebe-se que a coisa julgada administrativa abrange os efeitos favoráveis da decisão administrativa. Tal entendimento decorre da possibilidade de revogação ou de anulação de atos administrativos, cujos efeitos benéficos serão preservados quando presentes as suas premissas, e da existência de atos de efeitos dúplice, favoráveis e desfavoráveis, sendo que somente os primeiros são aptos à garantir estabilidade. Diante do exposto, é possível concluir que os limites objetivos da coisa julgada administrativa são *secundum eventum litis*, ou seja, somente os efeitos favoráveis da decisão se tornam imutáveis, de modo que, apenas se o ato ilegal for favorável ao particular, a invalidação estará sujeita ao prazo decadencial previsto no artigo 54 da Lei 9.784/9992.⁵¹

2.2 Limites subjetivos da coisa julgada administrativa:

Pelo termo limites subjetivos da coisa julgada administrativa, busca-se versar sobre as partes a quem a coisa julgada deve vincular. Parece estar bem assentado na doutrina, que a imutabilidade subjacente à coisa julgada administrativa se torna vinculativa à Administração Pública e ao administrado, operando-se um típico *efeito interpars*.

Em face da coisa julgada administrativa estará a Administração Pública impedida de alterar o que foi decidido em favor do administrado, sob certas condições, não havendo efeitos aos terceiros que não são atingidos pela decisão diretamente. Não se diz com isso, que a decisão administrativa não gere efeitos externos, como se percebe daquelas que permitem a demolição de um prédio; que suspende a atividade comercial em determinado horário; ou que limite o direito de alguém construir acima de determinada altura. Refere-se que, quando terceiros forem prejudicados pelo conteúdo oriundo das decisões administrativas, caberá aos eventuais legitimados pleitear pela anulação do ato administrativo, por exemplo, mediante a Ação Popular que poderá ser proposta na eventualidade do ato ser lesivo aos bens e direitos de valor econômico, artístico, estético, histórico ou turístico.⁵²

Nesse sentido, é possível que uma associação de defensores de bairro - sentindo-se atingida pela decisão da administração pública que tenha autorizado a demolição de uma casa construída no início do século -, ingresse em juízo pugnando pela anulação do ato administrativo autorizativo da demolição, sob o fundamento de haver relevante valor histórico e cultural nesta residência, podendo ser declarado nulo o ato administrativo em face da preservação do patrimônio público. A ação civil pública e o

⁵¹ Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal.

⁵² Lei 4741 /65 – “Art. 1.º Qualquer cidadão será parte legítima para pleitear a anulação ou a declaração de nulidade de atos lesivos ao patrimônio da União, do Distrito Federal, dos Estados, dos Municípios § 1º - Consideram-se patrimônio público para os fins referidos neste artigo, os bens e direitos de valor econômico, artístico, estético, histórico ou turístico. § 3º A prova da cidadania, para ingresso em juízo, será feita com o título eleitoral, ou com documento que a ele corresponda.”

mandado de segurança são outros instrumentos idôneos para combater decisões administrativas, quando atendido os seus requisitos legais.

A eficácia *interpars* da decisão é vinculativa para a administração pública em toda a sua linha hierárquica (vinculação vertical), assim como para as demais autoridades colaterais (vinculação colateral). No plano interno da relação entre as partes, a decisão atinge apenas o particular beneficiado e eventuais partes a ele relacionadas, sendo que do outro lado, se conectam as entidades da administração pública na forma referida.

Os efeitos da coisa julgada administrativa não vinculam o Poder Judiciário que tem ampla legitimidade para decidir sobre o tema que lhe é afetado através do controle de legalidade e juridicidade dos atos, sendo que o Tribunal de Contas da União (TCU)⁵³ tampouco fica adstrito à decisão administrativa, em algumas situações. Há casos em que as próprias decisões do TCU fazem coisa julgada administrativa quanto à afirmação de irregularidades, assim, tornam-se imodificáveis no âmbito do próprio TCU e, assim, implicam numa visão definitiva sobre as questões examinadas.⁵⁴ A coisa julgada administrativa não implica na imutabilidade dessa revisão pelo Poder Judiciário, que não fica em qualquer circunstância limitado ao decisum que adquiriu estabilidade no âmbito administrativo.⁵⁵

O prazo quinquenal de decadência não vai limitar as funções do Poder Judiciário, já que essa desempenha atribuição constitucional de verificar, em última 'ratio', a legalidade do agir administrativo, assim, não é possível assegurar ao beneficiado uma justa expectativa de manutenção do conteúdo decisório que lhe for favorável.

As auditorias do TCU devem obedecer ao prazo do art. 54 da Lei n.º 9.784/99, como se depreende da jurisprudência do STF.⁵⁶ Em outras palavras, ao realizar o controle de legalidade administrativa, o Tribunal de Contas da União somente poderá questionar a validade de atos que não tenham mais de 5 anos. Se passado esse prazo, terá decaído o seu direito de controlar a validade do ato em questão

Como pode ser observado, há distinção entre a coisa julgada judicial e a coisa julgada administrativa: a primeira, é dotada de eficácia externa mais abrangentes que a segunda. Mesmo havendo uma amplitude distinta quanto à eficácia das decisões, nada afasta nossa conclusão no sentido que a decisão administrativa possui efeitos concretos bem demarcados, sendo que a decisão administrativa ganha presunção relativa de legalidade, que poderá ser elidida por órgãos de controle na eventualidade

⁵³ O TCU não é órgão de controle similar ao Poder Judiciário, sendo que as suas decisões não têm as mesmas características de decisões judiciais. Sendo o TCU um órgão da administração, sujeitam-se à ampla revisão pelo Poder Judiciário que não pode rever a “conveniência” e a “oportunidade” dessas decisões, limitando-se ao exame do conteúdo técnico-jurídico.

⁵⁴ SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda; MONTEIRO, Vera; ROSILHO, André. O valor das decisões do Tribunal de Contas da União sobre irregularidades em contratos. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 13, n. 3, p. 866-890, set/dez., 2017. p. 876.

⁵⁵ “[...] No âmbito do Tribunal de Contas, por exemplo, a decisão que aprecia as contas dos administradores de valores públicos faz coisa julgada administrativa no sentido de exaurir as instâncias administrativas, não sendo mais suscetível de revisão naquele âmbito. Não fica, entretanto, excluída de apreciação pelo Poder Judiciário, porquanto nenhuma lesão a direito pode ser dele subtraída (...). A apreciação, pelo Poder Judiciário, de questões que foram objeto de pronunciamento pelo TCU coaduna-se com a garantia constitucional do devido processo legal, porquanto a via judicial é a única capaz de assegurar ao cidadão todas as garantias necessárias a um pronunciamento imparcial.” (STJ, 1ª T., RESP. 472.399-0/AL, Rel. Min. José Delgado, DJU de 19.02.2001, p. 351)

⁵⁶ STF, 1.º Turma. MS 31.344/DF, Rel. Min. Marco Aurélio, julgado em 23/04/2013 (Info n.º 703).

remota de existirem sólidos elementos contrários a legalidade ou uma afronta direta as normas constitucionais.

Ainda na esteira da jurisprudência do STF, não é qualquer instrumento da Administração Pública que serve para elidir ou suspender o decurso do prazo decadencial, para os fins de instrumentalizar o “exercício do direito de anular”. Nesse sentido, a “Administração Pública não pode, depois de terem se passado mais de 5 anos, anular anistia política concedida mesmo que, antes de completar esse prazo, a AGU tenha emitido nota questionando os critérios adotados na concessão”. A nota “emitida pela AGU teve efeito similar ao de um parecer e, por isso, não impediu o fluxo de prazo decadencial, não podendo ser classificada como “exercício do direito de anular”, para os fins do § 2º, do art. 54 da Lei n.º 9.784/99”.⁵⁷ No caso concreto não ficou demonstrada má-fé do administrado, razão pela qual entendeu o STF que, “não houve flagrante inconstitucionalidade na concessão de anistia, mas sim nova interpretação da Administração Pública, quando ao efetivo enquadramento como anistiado político”.⁵⁸

O ato de desfazimento da presunção de legalidade não pode ser realizado de modo unilateral e demanda a observância do devido processo legal, assegurando-se ao interessado o pleno exercício do contraditório e da ampla defesa. Nesse sentido, é o entendimento do STF, que reconheceu que “a Administração Pública pode anular seus próprios atos quando estes forem ilegais. No entanto, se a invalidação do ato administrativo repercute no campo de interesses individuais, faz-se necessária a instalação de procedimento administrativo que assegure o devido processo legal e ampla defesa”.⁵⁹ Igual raciocínio foi utilizado em outro caso, em que o STF explicita que “a prerrogativa de a Administração Pública de controlar os seus próprios atos não dispensa a observância do contraditório e ampla defesa em âmbito administrativo”.⁶⁰ A lei não exige a instauração de processo administrativo no prazo de cinco anos, bastando a adoção de “qualquer medida da autoridade administrativa que importe impugnação à validade do ato”.⁶¹

Para exercer a prerrogativa de rever os seus atos nos limites substanciais estabelecidos pela CF/88, a administração deve seguir um procedimento, já que em se tratando de ato administrativo que repercute na esfera individual dos administrados, seria vedada a revisão unilateral por parte da administração. Ademais, não é admissível que qualquer divergência de interpretação de texto legal ou juízo de conveniência e oportunidade dê ensejo ao exercício do poder-dever de autotutela.

Apenas em casos excepcionalíssimos são admitidas a possibilidade de revisão por parte da Administração, sendo o que juízo de ilegalidade demandaria a comprovação de violação frontal e grave à norma jurídica, de tal modo teratológico e que ofendesse

⁵⁷ Art. 54. “O direito da Administração de anular os atos administrativos de que decorram efeitos favoráveis para os destinatários decai em cinco anos, contados da data em que foram praticados, salvo comprovada má-fé. [...] § 1º - No caso de efeitos patrimoniais contínuos, o prazo de decadência contar-se-á da percepção do primeiro pagamento; § 2º - Considera-se exercício do direito de anular qualquer medida de autoridade administrativa que importe impugnação à validade do ato”.

⁵⁸ STF, 1.º Turma, RMS 31.841/DF, Rel. Min/ Edson Fachin, julgado em 02/08/2016 (Info., 833).

⁵⁹ STF, 2.º Turma RMS 31661/DF, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgado em 10/12/2013 (Info., 732)

⁶⁰ STF. Plenário. MS 25399/DF, Rel. Min. Marco Aurélio, julgado em 15/10/2014 (Info., 763)

⁶¹ Assim dispõe o art. 54 da Lei n.º 9.784/99: Art. 54. “O direito da Administração de anular os atos administrativos de que decorram efeitos favoráveis para os destinatários decai em cinco anos, contados da data em que foram praticados, salvo comprovada má-fé. § 1º No caso de efeitos patrimoniais contínuos, o prazo de decadência contar-se-á da percepção do primeiro pagamento. § 2º Considera-se exercício do direito de anular qualquer medida de autoridade administrativa que importe impugnação à validade do ato”. Este é o entendimento do STJ, (MS 15.457/DF, Rel. Ministro Castro Meira, Primeira Seção, DJe 24.4.2012).

o dispositivo legal de modo flagrante. Nessas situações, mostra-se impossível que o particular alegue ter a sua confiança legítima atingida, vez que decisões flagrantemente inconstitucionais e teratológicas não geram confiança em ninguém, mas apenas certeza de que um erro grave foi cometido.

No mais, figura incabível haver uma revisão que decorra de meras divergências de interpretação normativa ou de conveniência e oportunidade da Administração, atraindo à plenitude os artigos 20, 21,⁶² 23,⁶³ 24,⁶⁴ 27⁶⁵ e 30⁶⁶ da Lei n.º 13.655, de 2018. Segundo a doutrina, os “parâmetros de revisão devem obedecer aos mesmos limites da ação rescisória, estabelecidos pelos incisos do art. 966, do CPC”, ou seja, no contexto de “violarem manifestamente norma jurídica”.⁶⁷ A exigência de parâmetros de revisão tão restritivos não se justificaria apenas com a invocação de uma fundamentação analógica, nos parecendo num exame mais apressado, que o caminho proposto não encontra amparo legal e nem adesão doutrinária e jurisprudencial, descabendo neste momento um aprofundamento sobre o assunto, sob pena de ultrapassar o espaço reservado ao presente estudo.

Para fins de conclusão, cumpre-nos apontar que o princípio da proteção substancial da confiança e o dever de lealdade da administração pública para com o indivíduo deram contornos mais concretos ao que chamamos de coisa julgada administrativa,⁶⁸ sendo que a própria lei de processo administrativo apresentou limites concretos ao que comumente é chamado de preclusão administrativa. Os atos ilícitos devem sempre ser revistos pela Administração Pública, todavia, se os atos ilícitos gerarem efeitos favoráveis aos administrados que estiverem de boa-fé, terá a

⁶² Art. 21. “A decisão que, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, decretar a invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa deverá indicar de modo expresso suas consequências jurídicas e administrativas”. Parágrafo único. “A decisão a que se refere o **caput** deste artigo deverá, quando for o caso, indicar as condições para que a regularização ocorra de modo proporcional e equânime e sem prejuízo aos interesses gerais, não se podendo impor aos sujeitos atingidos ônus ou perdas que, em função das peculiaridades do caso, sejam anormais ou excessivos”.

⁶³ Art. 23. “A decisão administrativa, controladora ou judicial que estabelecer interpretação ou orientação nova sobre norma de conteúdo indeterminado, impondo novo dever ou novo condicionamento de direito, deverá prever regime de transição quando indispensável para que o novo dever ou condicionamento de direito seja cumprido de modo proporcional, equânime e eficiente e sem prejuízo aos interesses gerais”.

⁶⁴ Art. 24. “A revisão, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, quanto à validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa cuja produção já se houver completado levará em conta as orientações gerais da época, sendo vedado que, com base em mudança posterior de orientação geral, se declarem inválidas situações plenamente constituídas”. [...] Parágrafo único. “Consideram-se orientações gerais as interpretações e especificações contidas em atos públicos de caráter geral ou em jurisprudência judicial ou administrativa majoritária, e ainda as adotadas por prática administrativa reiterada e de amplo conhecimento público”.

⁶⁵ Art. 27. “A decisão do processo, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, poderá impor compensação por benefícios indevidos ou prejuízos anormais ou injustos resultantes do processo ou da conduta dos envolvidos”.

⁶⁶ Art. 30. “As autoridades públicas devem atuar para aumentar a segurança jurídica na aplicação das normas, inclusive por meio de regulamentos, súmulas administrativas e respostas a consultas”.

⁶⁷ MOREIRA, Egon Brockmann; GOMES, Gabriel Jamur, A indispensável coisa julgada administrativa. *Revista de Direito Administrativo*, v. 277, n.º 2, p. 239-277, maio/ago. 2018.

⁶⁸ Convém-nos lembrar que o art. 30 da LINDB e o art. 19 do Decreto n.º 9.830, de 10 de junho de 2019 representam uma cláusula geral de autolimitação administrativa que estabeleceu instrumentos vinculativos ao administrador público como forma de reduzir a discricionariedade administrativa em determinadas situações. O artigo indica ser dever das autoridades públicas atuar para aumentar a segurança jurídica na aplicação de normas, sendo que indicou alguns instrumentos, que terão caráter vinculante em relação ao órgão ou entidade a que se destinem. Tais instrumentos foram mencionados, após o advérbio “inclusive”, abrindo-nos espaço para indicação de outras formas de autolimitação da administração pública, como a coisa julgada administrativa e até os precedentes administrativos. Tratam-se de instrumentos vocacionados ao aprimoramento da segurança jurídica no direito administrativo, sendo que esses encontram o seu fundamento direta ou indiretamente na CF/88, além da Lei de Processo Administrativo Federal, do CPC/2015, nos julgados do STF, além da admissão ser possível de ser desenvolvida pela cláusula de abertura prevista pelo art. 30 da LINDB.

Administração o dever de observar o prazo decadencial para anulação da própria decisão, surgindo desse momento em diante a coisa julgada administrativa que não vincula o Poder Judiciário, mas o próprio poder público vertical e horizontalmente.

Tal afirmação compreende exceções que foram bem destacadas no âmbito do STF, servindo de exemplo, o fato de que a Administração Pública poderá rever os seus próprios atos, concedido a pessoas de boa-fé, mesmo após os 5 (cinco) anos, se o ato anulado ofender diretamente a Constituição Federal ou for decorrente de decisão teratológica, compreendida essa como aquela decisão que é tida por “desarrazoada”, “arbitrária”, “gritantemente inconstitucional” ou “totalmente despropositada”.⁶⁹ Por fim, cumpre fazer breve advertência no sentido de que o STJ entende que, se o Estado ou o Município não possuir em sua legislação previsão de prazo decadencial para a anulação dos atos administrativos, deve-se aplicar, por analogia integrativa, o art. 54 da Lei n.º 9.784/99. Essa conclusão é baseada nos princípios da razoabilidade e proporcionalidade,⁷⁰ sendo que conclusões idênticas poderíamos chegar com base em comandos legais mais precisos que os referidos, como é possível se depreender dos argumentos expostos pelo presente artigo.

CONCLUSÕES

O presente artigo teve por objetivo redefinir o conceito de coisa julgada administrativa através da inclusão das implicações trazidas pela Lei 9.784/99 e pelos contornos dados pela jurisprudência dos Tribunais Superiores.

As observações precedentes permitem concluir que a coisa julgada administrativa foi rechaçada pelo parte da doutrina através de raciocínios simplificados, sendo que muitos dos clássicos de direito administrativo deixaram de incorporar os avanços trazidos pela Lei do Processos Administrativo Federal, cingindo-se à tecer comentários sobre a impossibilidade de existir coisa julgada administrativa porque o administrador seria parcial ao julgar um processo administrativo; apresentar argumentos sobre a semântica que negaria a possibilidade de se falar em coisa **julgada** no plexo de atividades desenvolvidas pelo Poder Executivo, dentre outros.

Todos os críticos da terminologia não deixaram de reconhecer que existem certas decisões que se tonam estáveis para o administrado e para a própria administração preferindo usar termos como irretratabilidade, imutabilidade, preclusão, etc.

Pôde-se demonstrar inexistir no sistema jurídico um fundamento legal que oferecesse uma definição ou que tenha delimitado adequadamente o que chamamos de “coisa julgada administrativa”. Essa teve de ser uma construção teórica que expressa uma implicação lógica que conecta elementos antecedentes (ato administrativo, comportamento do Estado, comportamento de boa-fé do administrado, critério cronológico, etc.) a consequência jurídica, fazendo nascer limites ao Estado em relação

⁶⁹ “Não existe direito adquirido à efetivação na titularidade de cartório quando a vacância de cargo ocorre na vigência da CF/88, que exige a submissão a concurso público (art. 236, § 3º)” [...] “O prazo decadencial do art. 54 da Lei n.º 9.784/99 não se aplica quando o ato a ser anulado afronta diretamente a Constituição Federal”. STF, Plenário. MS 26860/DF, Rel. Luiz Fux, julgado em 02/04/2014 (Info 741)

⁷⁰ STJ. 1.º Seção. MS 18.338/DF, Rel. Min. Benedito Gonçalves, julgado em 14/06/2017.

à prerrogativa de alteração de condutas ou modificação de atos produtores de efeitos favoráveis aos destinatários, ainda quando praticados à margem da lei.⁷¹

O fundamento da coisa julgada administrativa foi por nós construído por dedução do princípio da proteção substancial da confiança, que é deduzidos do princípio da segurança jurídica, na feição subjetiva que reconhece que os comportamentos administrativos geram legítimas expectativas em relação à contraparte, de modo que não se admite que o Estado seja desleal e quebre com a confiança que gerou no administrado por seus atos previamente exteriorizados.

Demonstrou-se acima que a construção da coisa julgada administrativa decorre de parte dos conteúdos do art. 53 e 54 da Lei do Processo Administrativo Federal, que estipulou requisitos e condições para a estabilização de decisões advindas do Poder Pública, sendo que discorremos sobre situações que não surgem expectativas aos administrados como uma série de atos como aqueles enunciativos de direitos; fatos e as operações materiais; os atos precários.

Concluimos o artigo defendendo ser possível circunscrever-se da realidade constitucional brasileira, da lei e da jurisprudência do STF e STJ, elementos que convergem em torno da categoria jurídica estudada, caracterizando-se a coisa julgada administrativa, como a: a) imutabilidade para a autoridade administrativa da esfera de direitos do administrado, b) que esteja munido de boa-fé e, que seja: c) derivada de decisão ampliativa da esfera de direitos do administrado; d) e que observe o devido processo legal; e) que como regra, seja proferida após o termino do processo administrativo, embora seja admitido a atribuição dos efeitos semelhantes ao de coisa julgada administrativa em outras situações não decorrentes de processos administrativos⁷²; f) da qual não caiba mais recurso, embora desnecessário o exaurimento das instâncias recursais, como no caso em que inexista recurso interposto pela própria administração pública; g) e que não decorra de interpretação que não afronte diretamente à ordem constitucional vigente.

Defendemos neste artigo que as decisões administrativas que forem embasadas em leis obscuras, confusas e visivelmente ilegais não são capazes de gerar expectativa para ninguém, visto que, entendemos que o cidadão cauteloso não pode confiar na aparência jurídica produzida por uma decisão baseada em lei em larga medida inválida ou ilegal, nem tampouco pode confiar em direito frontalmente inconstitucional.

⁷¹ COUTO E SILVA, Almiro. O princípio da segurança jurídica (proteção à confiança) no Direito Público brasileiro e o direito da administração pública de anular os seus próprios atos administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da lei do processo administrativo da União (Lei n° 9.784/99). *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 237, jul./set. 2004, p. 274.

⁷² Inúmeras possibilidades podem ser mencionadas, como as aventou Lúcia Valle Figueiredo. Essa entende haver efeitos de coisa julgada administrativa nas “a) hipóteses em que a decisão administrativa se torna irrevogável por razões de mérito (oportunidade e conveniência), como ocorre: (I) quando o ato é vinculado e gerou direito adquirido (conforme Súmula 473, do Supremo Tribunal Federal); (II) quando o ato integra um procedimento, com várias fases, em que cada novo ato provoca a preclusão com relação ao ato anterior; (III) quando exaurida a competência relativamente ao objeto do ato, porque o ato já está sob apreciação de autoridade hierarquicamente superior, por provocação do interessado ou *ex officio*; (IV) quando o ato já exauriu os seus efeitos. b) a ocorrência de prescrição na esfera judicial; c) a decisão proferida pelo Poder Judiciário, com força de coisa julgada”. (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Limites da utilização de princípios do processo judicial no processo administrativo. *Revista do TCE/RJ*, Rio de Janeiro, n.º 12, 2016).

REFERÊNCIAS

- ANDRADE, José Carlos Vieira de. *A justiça administrativa: lições*. 11. ed. Coimbra: Almedina, 2011.
- ARAÚJO, Edmir Netto de. *Curso de direito administrativo*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2010.
- ÁVILA, Humberto. Benefícios fiscais inválidos e a legítima expectativa do contribuinte. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, n. 13, abr./maio 2002. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 22 nov. 2004.
- _____. *Constituição, Liberdade e Interpretação*. São Paulo: Malheiros, 2019.
- _____. Repensando o 'princípio da supremacia do interesse público sobre o particular'. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, n. 24, p. 159-180, 1998.
- _____. *Segurança Jurídica: entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário*. São Paulo: Malheiros, 2011.
- BANDEIRA DE MELLO. Oswaldo Aranha. *Princípios gerais de Direito Administrativo*. 3.ed., São Paulo: Malheiros. Vol. 1, 2007.
- BAPTISTA, Patrícia. *Transformação do direito administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- CAETANO, Marcello. *Princípios fundamentais do direito administrativo*. Coimbra: Almedina, 1977.
- CALMES, Sylvia. 'Le principe de sécurité juridique en droits allemand, communautaire et français. In. *Revue du notariat*, n. 110, v. 2, 2008. p. 287-309. Disponível em <https://doi.org/10.7202/1045539ar>. Consultado em 03 de outubro de 2019
- CALMES, Sylvia. *Du principe de protection de la confiance légitime en droits allemand, communautaire et français*. Paris: Dalloz, 2001.
- CARVALHO, Gustavo Marinho de. *Precedentes Administrativos no Direito brasileiro*. São Paulo: Contracorrente. 2015.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Processo administrativo federal*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009b.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 26.ed. São Paulo: Atlas. 2013.
- GASPARINI, Diógenes. *Direito administrativo*. 16ª edição. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 1040)
- COUTO E SILVA, Almiro. O princípio da segurança jurídica (proteção à confiança) no Direito Público brasileiro e o direito da administração pública de anular os seus próprios atos administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da lei do processo administrativo da União (Lei nº 9.784/99). *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 237, jul./set. 2004;
- _____. Princípios da legalidade da administração pública e da segurança jurídica no estado de direito contemporâneo. *Revista de Direito Público*, São Paulo, n. 84, out./dez 1987
- ; _____. Prescrição quinquenária da pretensão anulatória da administração pública com relação a seus atos administrativos. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 204, abr./jun. 1996.

COUTO E SILVA, Clóvis V. Teoria da base do negócio jurídico no Direito Brasileiro. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, vol. 655, 1990.

CRETILLA JÚNIOR, José. *Prática do processo administrativo*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

DALLARI, Adilson Abreu; FERRAZ, Sérgio. *Processo administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2001.

DALLARI, Adilson Abreu. Processo administrativo como instrumento de segurança jurídica. In: ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; MARRARA, Thiago; NOHARA, Irene Patrícia (Orgs.). *Direito e administração pública: estudos em homenagem a Maria Sylvia Zanella Di Pietro*. São Paulo: Atlas, 2013.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. A lei de processo administrativo: sua ideia motriz e âmbito de aplicação. In: MORAES FILHO, Marco Antonio Praxedes de; NOHARA, Irene Patrícia (Orgs.). *Processo administrativo: temas polêmicos da Lei n. 9.784/99*. São Paulo: Atlas, 2011a.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2011b.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Limites da utilização de princípios do processo judicial no processo administrativo. *Revista do TCE/RJ*, Rio de Janeiro, n.º 12, 2016

ENTERRÍA, Eduardo García de. *As transformações da justiça administrativa: da sindicabilidade restrita à plenitude jurisdicional. Uma mudança de paradigma?* Belo Horizonte: Fórum, 2010.

FAGUNDES, Miguel Seabra. *O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967.

FERREIRA, Luiz Tarcísio Teixeira. Princípios do processo administrativo e a importância do processo administrativo no estado de direito (arts. 1o e 2o). In: FIGUEIREDO, Lúcia Valle (Org.). *Comentários à lei federal de processo administrativo*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. Possibilidade jurídica de anulação, mediante ação judicial, de decisão de mérito proferida pelo Conselho de Contribuintes. In: *Coisa julgada tributária*. MARTINS, Ives Gandra da Silva; PEIXOTO, Marcelo Magalhães; ELALI, André. São Paulo : MP Editora. 2005.

FREITAS, Juarez. *Discricionariedade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública*. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

FULLER, Lon. *The morality of law*. New Haven: Yale University Press. 1964

GIACOMUZZI, José Guilherme. A moralidade administrativa e a boa-fé da administração pública: o conteúdo dogmático da moralidade administrativa. São Paulo: Malheiros, 2002.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 12.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MACCORMICK, Neil. *Argumentação jurídica e teoria do Direito*. Tradução de Waldéia Barcellos. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

_____. SUMMERS, Neil. *Interpreting Precedents*. Dartmouth: Ashgate, 1997

MAFFINI, Rafael Da Cás. Em torno do prazo decadencial de invalidação de atos administrativos no exercício da autotutela administrativa. In: ÁVILA, Humberto (Org.) *Fundamentos do estado de direito: estudos em homenagem ao Professor Almiro do Couto e Silva*. São Paulo: Malheiros, 2005.

_____. *Elementos de Direito Administrativo*. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2016.

_____. Proteção substancial da confiança no direito administrativo brasileiro. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2006.

_____. Atos Administrativos sujeitos a registro pelos Tribunais de Contas e a decadência da prerrogativa anulatória da Administração Pública. Porto Alegre: *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*. Disponível em www.ufrgs/fa/biblioteca/artivos/RafMaffini. Consultado em 01/07/2019.

MARRARA, Thiago; NOHARA, Irene Patrícia. *Processo administrativo: lei no 9.784/99 comentada*. São Paulo: Atlas, 2009.

MARTINS-COSTA, Judith. Almiro do Couto e Silva e a re-significação do princípio da segurança jurídica na relação entre o Estado e os cidadãos: a segurança como crédito de confiança. In: ÁVILA, Humberto (org.) *Fundamentos do estado de direito: estudos em homenagem ao Professor Almiro do Couto e Silva*. São Paulo: Malheiros, 2005.

_____. A proteção da legítima confiança nas relações obrigacionais entre a administração e os particulares. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre*, v. 22, p. 228-255, set. 2002.

MAURER, Hartmut. *Direito administrativo geral*. 14. ed. Barueri: Manole, 2006.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 39. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

MEDAUAR, Odete. *A processualidade no direito administrativo*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

_____. Bases do processo administrativo. In: MEDAUAR, Odete (Org.). *Processo administrativo: aspectos atuais*. São Paulo: Cultural Paulista, 1998.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. 197

MERKL, Adolf. *Teoría general del derecho administrativo*. México: Nacional, 1980.

MITIDIERO, Daniel. *Precedentes. Da persuasão à vinculação*. São Paulo. *Revistas dos Tribunais*, 2012.

MODESTO, Paulo. A nova lei do processo administrativo. *Revista pública e gerencial*. Salvador: Talentos, n. 2, p. 50, jun./jul. 1999.

_____. Autovinculação convencional da Administração Pública: o contrato de gestão no interior da administração pública brasileira. *IJPC Edição: 01 | jun/jul/Fevereiro, 2013*

MORAES FILHO, Marco Antonio Praxedes de; NOHARA, Irene Patrícia (Orgs.). *Processo administrativo: temas polêmicos da Lei n. 9.784/99*. São Paulo: Atlas, 2011.

MOREIRA, Egon Bockmann. *Processo Administrativo: princípios constitucionais e a lei 9.784/99*. 3. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.

_____; PERERIRA, Paula Pessoa. O art. 30 da LINDB e o dever público de incrementar a segurança jurídica. in. *Rev. Direito Adm., Rio de Janeiro, Edição Especial: Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – LINDB (Lei no 13.655/2018)*, p. 243-274, nov. 2018.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Poder, direito e estado: o direito administrativo em tempos de globalização*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

_____. *Quatro paradigmas do direito administrativo pós-moderno: legitimidade, finalidade, eficiência, resultados*. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

NOVOA, César García. Seguridad jurídica y derecho tributario. In: BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. (Org.) *Estudos em homenagem a Geraldo Ataliba*. São Paulo: Malheiros, 1997, v. 1: Direito tributário.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Precedentes no Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

OTERO, Paulo. *Legalidade e administração pública: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade*. Coimbra: Almedina, 2003.

PEIXOTO, Ravi. *Superação do precedente e segurança jurídica*. 2. ed., rev. ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2016.

PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. *La seguridad jurídica*. 2. ed. Barcelona: Ariel, 1994.

PETIAN, Angélica. *Regime jurídico dos atos ampliativos e restritivos de direitos*. São Paulo: Malheiros, 2011.

RAMÍREZ, Federico Arco-. *Seguridad jurídica, rule of law y justicia* Madrid: Autónoma de Occidente, 2016.

REALE, Miguel. *Revogação e anulamento do ato administrativo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980.

REVISTA DE DIREITO ADMINISTRATIVO (múltiplos autores)., Rio de Janeiro, Edição Especial: Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – LINDB (Lei no 13.655/2018), p. 243-274, nov. 2018.

RIVERO, Jean. *Curso de direito administrativo comparado*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Princípios constitucionais do processo administrativo no direito brasileiro. *Revista de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, n. 209, p. 189-222, jul./set. 1997.

_____. *Princípios constitucionais da administração pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.

SANTOS NETO, João Antunes dos. *Da anulação ex officio do ato administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

SARAIVA, Márcia Maria Tamburini Porto. *A lei federal no 9.784/99: base para uma codificação nacional de um direito processual administrativo?* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

SUNDFELD, Carlos Ari. Processo e procedimento administrativo no Brasil. In: SUNDFELD, Carlos Ari; MUÑOZ, Guillermo Andrés (Coord.). *As leis de processo administrativo: lei federal 9.784/99 e lei paulista 10.177/98*. São Paulo: Malheiros, 2006.

SUNDFELD, Carlos Ari. Discricionariedade e revogação do ato administrativo. *Revista de Direito Público*, São Paulo, n. 79, 1986.

SCHONBERG, Soren. *Legitimate expectations in administrative law*. Oxford University Press: Oxford, 2000.

SCHREIBER, Anderson. *A proibição de comportamento contraditório: tutela da confiança e venire contra factum proprium*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

TORRES, Heleno Taveira. *Direito Constitucional Tributário e Segurança Jurídica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.



AS BASES DE CÁLCULO DO IPTU E DO ITBI – APROXIMAÇÕES E DISTANCIAMENTOS

*Carlos Augusto Daniel Neto¹,
Elizabeth Nazar Carrazza²*

RESUMO

O Código Tributário Nacional utiliza, atualmente, a mesma expressão (“valor venal”) para designar a base de cálculo do imposto sobre a transmissão onerosa de bens imóveis (ITBI) e do imposto sobre propriedade territorial urbana (IPTU). Diante disso, diversos problemas têm surgido na quantificação dos referidos tributos, mormente em razão de usuais diferenças entre o valor venal e o preço da operação de venda. Esse artigo busca investigar, sob uma perspectiva histórica e interpretando a legislação de regência sob o prisma dos princípios constitucionais tributários, verificar em quê se aproximam e em quê distanciam as referidas bases de cálculo, como forma de identificar uma solução jurídica, e confrontando-a como a forma como os tribunais tem analisado a mesma questão.

PALAVRAS-CHAVE: IPTU. ITBI. Base de cálculo. Valor venal.

THE CALCULATION BASIS OF IPTU AND ITBI - APPROACHES AND DISTANCES

ABSTRACT

The National Tax Code currently uses the same term ("market value") to designate the calculation basis of the tax on the sell of immovable property (ITBI) and the tax on urban territorial property (IPTU). In view of this, several problems have arisen in the quantification of said taxes, mainly due to usual differences between the market value and the price of the sale operation. This article seeks to investigate, from a historical perspective and interpreting the regulative legislation under the prism of the constitutional principles of taxation, to verify in

¹ Sócio fundador do escritório Daniel & Diniz Advocacia Tributária. Ex-Conselheiro Titular na Primeira e Terceira Seções de Julgamento do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (2015-2019); Graduado em Direito pela Universidade Federal do Piauí (2010); Especialista em Direito Tributário pelo IBET-SP (2012); Mestre em Direito Tributário pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP), na condição de bolsista integral da CAPES (2014); Doutor em Direito Tributário pela Universidade de São Paulo - USP (2018); Professor permanente da pós-graduação e do curso de atualização do Instituto Brasileiro de Estudos Tributários (IBDT) e do mestrado profissional do Centro de Estudos de Direito Econômico e Social (CEDES); Professor do LLM em Direito Tributário e Processo Tributário da Fundação Escola Superior do Ministério Público; Professor convidado para as pós-graduações em Direito Tributário da Escola Paulista de Direito, CEDIN, CERS, ABDCONST, LFG etc. Titular da Coluna "Direto do CARF", da Revista Eletrônica Consultor Jurídico (CONJUR).

² Possui graduação em Ciências Jurídicas e Sociais pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (1969), mestrado e doutorado em Direito Tributário pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Atualmente é advogada do escritório Roque Carrazza Advogados Associados e Coordenadora do Programa de Pós-graduação em Direito e professora titular da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Tributário, atuando principalmente nos seguintes temas: aspectos, constituição, princípios, estado e tributos. É autora do livro "IPTU e Progressividade - Igualdade e Capacidade Contributiva" (2ªed; 2015); Coautora do livro "Imunidades Tributárias" (1ªed. 2012); Coordenadora do livro "Atualidades do Sistema Tributário Nacional" (1ªed.;2015) e também do livro "Icms - Questões Atuais" (ed 1.; 2007).

which the calculation basis are approached and distanced, as a way of identifying a legal solution, and confronting it as the way the courts have examined the same issue.

KEYWORDS: IPTU. ITBI. Calculation basis. Market value.

INTRODUÇÃO

A transmissão de bens imóveis é usualmente um negócio jurídico oneroso, seja pelas formalidades envolvidas e a solenidade contratual necessária, que se reflete em vultosos emolumentos pagos aos cartórios, seja pela tributação incidente sobre essa operação, através da cobrança do Imposto de Transmissão Onerosa de Bens Imóveis – ITBI.

Trata-se de um imposto instituído e cobrado pelos Municípios, com espeque na competência atribuída pelo art. 156, II da Constituição Federal de 1988 (CF/88)³, e regulamentado de forma vinculante a todos os entes competentes pelas normas gerais hauridas dos arts. 35 a 42 do Código Tributário Nacional (CTN).

Sua hipótese de incidência⁴ é, conforme art. 35 do CTN⁵, composta por vários negócios jurídicos distintos, alternativamente: a) transmissão onerosa de bens imóveis ou do domínio útil deles; b) transmissão de direitos reais sobre imóveis, exceto os de garantia; e c) cessão de direitos relativos às transmissões mencionadas anteriormente.

A base de cálculo desse imposto, por sua vez, é definida pelo art. 38 do CTN⁶ como o *valor venal dos bens transmitidos*⁷. Neste ponto reside, precisamente, o cerne do problema que será enfrentado aqui: o mesmo CTN, em seu art. 33⁸, elege como base de cálculo do Imposto sobre a Propriedade Territorial e Predial Urbana – IPTU o *valor venal do imóvel*, adotando, *pelo menos à primeira vista*, o mesmo parâmetro jurídico de cálculo de dois impostos diferentes.

A partir dessa interpretação imediata da legislação, os Municípios brasileiros passaram a lavrar autos de infração para a cobrança dos valores de ITBI sobre a diferença existente entre o valor da negociação do imóvel e o valor venal do mesmo imóvel, este estabelecido com base na Planta Genérica de Valores (PGV) vigente naquela localidade, nos casos em que um se apresentasse superior ao outro. Por outro lado, se poderia suscitar a possibilidade de repetição do indébito relativo ao ITBI pago, nos casos em que o valor do negócio fosse superior ao valor venal do imóvel calculado a partir da PGV.

³ Art. 156. Compete aos Municípios instituir impostos sobre: (...)

II - transmissão "inter vivos", a qualquer título, por ato oneroso, de bens imóveis, por natureza ou acessão física, e de direitos reais sobre imóveis, exceto os de garantia, bem como cessão de direitos a sua aquisição;

⁴ A hipótese de incidência é a descrição legal de um fato, a formulação hipotética, prévia e genérica, contida na lei, de um fato (ATALIBA, 2009, p.58).

⁵ Art. 35. O imposto, de competência dos Estados, sobre a transmissão de bens imóveis e de direitos a eles relativos tem como fato gerador:

I - a transmissão, a qualquer título, da propriedade ou do domínio útil de bens imóveis por natureza ou por acessão física, como definidos na lei civil;

II - a transmissão, a qualquer título, de direitos reais sobre imóveis, exceto os direitos reais de garantia;

III - a cessão de direitos relativos às transmissões referidas nos incisos I e II.

⁶ Art. 38. A base de cálculo do imposto é o valor venal dos bens ou direitos transmitidos.

⁷ O valor venal de um imóvel é a importância que poderia ser obtida acaso ele fosse submetido a uma operação de compra e venda à vista, de acordo com as condições usuais de mercado (CARRAZZA, 2015, p.175).

⁸ Art. 33. A base do cálculo do imposto é o valor venal do imóvel.

Portanto, o problema endereçado por este artigo é justamente a identificação do conteúdo normativo da expressão “valor venal”, dentro da estrutura do ITBI e do IPTU, buscando identificar não apenas a *aproximação semântica* em razão da terminologia, mas também os *distanciamentos* estruturalmente decorrentes das naturezas distintas dos impostos em questão.

1 COMPETÊNCIAS TRIBUTÁRIAS E SEUS REFLEXOS SOBRE A BASE DE CÁLCULO DOS TRIBUTOS.

A Federação, no contexto brasileiro⁹, pressupõe a autonomia recíproca da União, dos Estados, Municípios e Distrito Federal¹⁰, sob a égide da Constituição Federal, que atuam concomitantemente como o pacto (*foedus, foederis*) de união, de associação entre os entes e o fundamento de constituição de pessoa com quem eles se não confunde – a República Federativa do Brasil (ATALIBA, 1968, p. XIII).

Em razão disso, a federação implica *igualdade jurídica* entre os componentes dessas diversas ordens parciais, derivada da autonomia recíproca garantida constitucionalmente. Esta autonomia decorre da repartição de competências as mais diversas entre entes federados¹¹, realizada pela Constituição Federal, que garante a manutenção dos três elementos essenciais a todos os membros da federação: autonomia *política, administrativa e financeira* (SILVA, 1992, p.86).

Como bem pontuado por Geraldo Ataliba, só se pode considerar realmente autônomo política e administrativamente o governo que possa contar com fontes de receita suficientes ao cumprimento de seus desígnios no exercício de sua autonomia (ATALIBA, 1968, p.24-25), e para tal função a CF/88 elegeu como essencial um sistema complexo de discriminação de rendas¹², que agrega uma *rígida distribuição de competências* tributárias a um sistema de repartição de rendas oriundas do exercício delas.

A competência tributária é espécie da competência legislativa, definível como *a aptidão de que são dotadas as pessoas políticas para expedir regras jurídicas, inovando o ordenamento positivo*¹³ que, tomada em sentido estrito, abrange o poder para criação de dois tipos de normas: a) de delimitação *positiva* do âmbito de incidência (normas tributárias *stricto sensu*); e b) de delimitação *negativa* do âmbito de incidência (as isenções tributárias).

Analisando as competências tributárias listadas nos artigos 153 a 156 da CF/88, verifica-se, claramente, a adoção de conceitos típicos de Direito Privado para a

⁹ Há que se pontuar que o conceito de Federação não é um conceito formal, independente do Direito Positivo do Estado que adotou tal forma, mas sim um conceito material, positivado no corpo de uma Constituição e que assume nuances particulares em cada Ordenamento distinto. Sobre a distinção entre categorias formais e materiais, Cf. BORGES, 2015, pp.27-32.

¹⁰ CF/88, “Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:”.

¹¹ O Ministro Victor Nunes Leal já apontava, há muito, como três características típicas da Federação a i) rigidez na Constituição (podendo ser tanto absoluta como relativa), ii) a partilha constitucional das competências, e iii) a existência de um poder supremo para resolução de conflitos sobre a aplicação das disposições constitucionais (LEAL, 1960, pp.110-111).

¹² Sobre o tema, veja-se DÓRIA, 1972, *passim*.

¹³ Falar que o exercício de competência implica na expedição de regras jurídicas não é de todo preciso – há que se reconhecer a distinção entre *norma* e *enunciado normativo ou jurídico* (texto). Nele, a norma é o significado de um enunciado normativo, isto é, a norma não se confunde com o texto ou o conjunto de formulações linguísticas que serviram de base para a sua construção (ALEXY, 2008, p.54).

delimitação das competências tributárias (renda, transmissão, propriedade, bem imóvel etc.).

A delimitação do conteúdo dessas competências, todavia, não é simples ou meramente semântica. Ela é feita de, pelo menos, três formas básicas: i) de um lado ela faz *referência direta às figuras de Direito Privado*, quando utiliza os conceitos vigentes em outros ramos jurídicos, à época da promulgação da CF/88, para determinar a materialidade que será atribuída a cada ente – nesses casos, *presume-se a incorporação prima facie dos conceitos jurídicos utilizados pela Constituinte*¹⁴ (VELLOSO, 2005, p.124); ii) doutro giro, ela põe conceitos de forma *indireta*, de modo que quando cotejados com as demais materialidades existentes, de modo que a própria estruturação das competências delimita estruturalmente o seu conteúdo (ÁVILA, 2004, p.65-66); iii) por fim, a Constituição pode *determinar expressamente o sentido do termo* que está utilizando, da forma pretendida pelo legislador.

Essas considerações permitem concluir que a distribuição de competências tributárias tem reflexo direto sobre a estrutura do tributo que será instituído, visto que este deve guardar fidelidade à materialidade que lhe é fundante. Nesse sentido é a lição de Roque Carrazza (2015, 587):

A Constituição, ao discriminar as competências tributárias, estabeleceu – ainda que, por vezes, de modo implícito e com certa margem de liberdade para o legislador – a *norma-padrão de incidência* (o *arquétipo*, a *regra-matriz*) de cada exação. Noutros termos, ela apontou a *hipótese de incidência possível*, o *sujeito ativo possível*, o *sujeito passivo possível*, a *base de cálculo possível* e a *alíquota possível*, das várias espécies e subespécies de tributos. (grifos no original)

Em sendo verdade que das regras de competência são quase que imediatamente identificáveis as materialidades possíveis para a regra de incidência tributária, em seu arquétipo constitucional, também se pode afirmar que a *base de cálculo* do tributo está igualmente delineada neste mesmo plano normativo.

Como aduz Ataliba, a base de cálculo nada mais é do que a perspectiva dimensional da hipótese de incidência - é atributo essencial da estrutura normativa, que guarda íntima ligação com a materialidade tributável (ATALIBA, 1968, p.108), servindo como padrão ou referência para a medição da intensidade econômica do fato jurídico tributário (BARRETO, 1986, p.38).

Entretanto, sua importância não é meramente quantitativa. Paulo de Barros Carvalho (2017, p.341), em clássica lição, explicita que a base de cálculo possui a função de *confirmar, infirmar ou afirmar o verdadeiro critério material* da descrição contida no antecedente da norma (função comparativa). Esta última função é especialmente

¹⁴ Nesse sentido: Quando não haja conceito jurídico expresso, tem o intérprete de se socorrer, para a re-construção semântica, dos instrumentos disponíveis no próprio sistema do direito positivo, ou nos diferentes corpos de linguagem. Como já exposto, não há, na Constituição Federal, prescrição de significado do termo "faturamento". Se se escusou a Constituição de o definir, tem o intérprete de verificar, primeiro, no próprio ordenamento, não havia então algum valor semântico a que pudesse filiar-se o uso constitucional do vocábulo, sem explicitação de sentido particular, nem necessidade de futura regulamentação por lei inferior. É que, se há correspondente semântico na ordem jurídica, a presunção é de que a ele se refere o uso constitucional. Quando u'a mesma palavra, usada pela Constituição sem definição expressa nem contextual, guarde dois ou mais sentidos, um dos quais já incorporado ao ordenamento jurídico, será esse, não outro, seu conteúdo semântico, porque seria despropositado supor que o texto normativo esteja aludindo a objeto extrajurídico. (STF, RE nº 346.084-6/PR, Relator(a): Min. Ilmar Galvão, Relator(a) p/ Acórdão: Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julgado em 09/11/2005, DJ 01-09-2006).

relevante para a empreitada deste trabalho, haja vista que a utilização de termos incorretos ou impróprios pelo legislador pode conduzir a uma má-compreensão da estrutura dos tributos. Nesses casos, em havendo um desencontro entre os termos do binômio “hipótese de incidência – base de cálculo”, a base é que deve prevalecer (CARVALHO, 2017, p.344), por isso o seu efeito de infirmar o critério material apresentado na *literalidade* do texto legislativo.

Pois bem. Tem-se aí a primeira evidência de que por detrás da homonímia textual, há uma assimetria semântica entre os conceitos de valor venal para fins do ITBI e do IPTU.

Essa conclusão é sobremaneira lógica, vez que, possuindo ambos uma mesma base de cálculo, necessariamente os tributos deveriam ter o mesmo critério material de suas hipóteses de incidência. Por sua vez, em sendo tributos de idêntico binômio “materialidade - base de cálculo”, necessariamente se teria que reconhecer como verdadeira uma das seguintes hipóteses: a) a existência de um conflito ou sobreposição entre duas competências tributárias instituídas pelo Constituinte (art. 156, I e II da CF/88); ou b) o influxo constitucional sobre o conteúdo semântico de “valor venal” implica em sentidos diferentes, compatíveis com distintos arquétipos superiores.

Parece-nos que a segunda opção é a mais consentânea com a rigidez imbricada no sistema constitucional tributário brasileiro, uma vez que dessa característica se depreende que a atribuição de competência é simultaneamente uma técnica de atribuição de poderes, mas também de reserva ao ente político de certas manifestações de capacidade econômica dos cidadãos (ATALIBA, 1968, p.105-112).

A circunstância do ITBI e o IPTU serem, ambos, tributos de competência municipal não afeta a conclusão apontada, pois mesmo dentro das faixas reservadas a um mesmo ente tributante, há que se reconhecer a exclusividade conteudística entre eles, igualmente haurida da rigidez constitucional.

Desse modo, pode-se concluir neste ponto que, a partir de uma análise eminentemente constitucional da repartição de competências, as bases de cálculo do ITBI e do IPTU deverão ser distintas, evidenciando assim que por detrás da expressão “valor venal” há sentidos rigorosamente distintos. Cabe agora a análise de suas regras de competência e hipóteses de incidência para identificar os conteúdos próprios de suas perspectivas dimensíveis.

2 O IPTU E O ITBI NA CONSTITUIÇÃO E NO CTN.

Inicialmente, cabe uma observação: não se está aqui negando a função comparativa da base de cálculo, atribuindo-a a hipótese de incidência. Na verdade, uma vez verificada a compatibilidade da materialidade tributável com a regra de competência, ela há de fornecer relevantes subsídios para identificação dos demais elementos da regra tributária.

A CF/88 atribui aos Municípios competência para tributar a propriedade predial e territorial urbana, através da previsão do art. 156, I. À primeira vista, pode-se crer que a Magna Carta, ao traçar o arquétipo constitucional do IPTU, estabeleceu que ele tivesse por hipótese de incidência o fato de uma pessoa (física ou jurídica) ser *proprietária de*

imóvel (prédio ou terreno) urbano. Trata-se, pois, de um imposto que incide sobre o direito real da pessoa sobre o bem imóvel urbano (CARRAZZA, 2015, p. 173-174)¹⁵.

Ao se falar em propriedade, para fins de competência - e para evitar uma discussão muito mais ampla¹⁶ -, recorreremos ao art.1228 do Código Civil Brasileiro como ponto de partida, que descreve um sentido de propriedade bem próximo daquele assumido pelo constituinte, ao prescrever que “o proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha”. De fato, o sentido constitucional de propriedade imobiliária está ligado à noção romana do domínio como o *direito de usar, fruir e dispor do que é seu*¹⁷.

Por outro lado, ao utilizar reiteradas vezes o termo “propriedade”, o constituinte quis se referir aos *direitos reais de forma geral*, e não apenas à propriedade em sentido estrito – caso contrário estar-se-ia apequenando a garantia de tutela estatal às violações à *função social da propriedade*, limitando-as apenas aos casos de direito de proprietário em sentido estrito. Entendemos que o sentido de “propriedade” na competência tributária está alinhado com este sentido mais amplo.

Essa posição é confirmada pelo STF de duas formas distintas: a) seja pela aplicação da tutela da “propriedade” a outros direitos inseridos no “feixe de poderes” que a condição de proprietário caracteriza¹⁸; b) seja pelo reconhecimento de que o intérprete deve considerar os sentidos consagrados pelo Direito pré-constitucional, quando o constituinte as manejar para a elaboração da Constituição¹⁹, ao pugnar que “o conteúdo

¹⁵ No mesmo sentido, aduz Sacha Calmon Navarro Coêlho que “A hipótese de incidência básica do IPTU (...) é o direito de propriedade sobre imóveis ou sua posse, como a externalização do domínio ou do direito do enfiteuta sobre coisa alheia, por configurar uma ‘quase propriedade’ (propriedade de fato ‘ex-vi lege’).” (COELHO, 2009, p.346).

¹⁶ Explica Eros Grau essa complexidade do termo afirmando que: “A propriedade não constitui uma instituição única, mas o conjunto de várias instituições, relacionadas a diversos tipos de bens. Não podemos manter a ilusão de que à unicidade do termo – aplicado à referência a situações diversas – corresponde a real unidade de um compacto e íntegro instituto. A propriedade, em verdade, examinada em seus distintos perfis – subjetivo, objetivo, estático e dinâmico – compreende um conjunto de institutos. Temo-la, assim, em inúmeras formas, subjetivas e objetivas, conteúdos normativos diversos sendo desenhados para aplicação de cada uma delas, o que importa no reconhecimento, pelo direito positivo, da multiplicidade da propriedade.” (GRAU, 2008, p.237).

¹⁷ *Dominium est jus utendi fruendo et abutendi re sua quatenus juris ratio patitur.*

¹⁸ E.g.: “Se a restrição ao direito de construir advinda da limitação administrativa causa aniquilamento da propriedade privada, resulta, em favor do proprietário, o direito à indenização. Todavia, o direito de edificar é relativo, dado que condicionado à função social da propriedade. Se as restrições decorrentes da limitação administrativa preexistiam à aquisição do terreno, assim já do conhecimento dos adquirentes, não podem estes, com base em tais restrições, pedir indenização ao Poder Público.” (RE 140.436, Rel. Min. Carlos Velloso, julgamento em 25-5-1999, Segunda Turma, DJ de 6-8-1999.) No mesmo sentido: AI 526.272-AgR, Rel. Min. Ellen Gracie, julgamento em 1º-2-2011, Segunda Turma, DJE de 22-2-2011. Neste caso, observa-se receber igual tutela o direito de construir sobre o terreno, que está incluído em direitos reais mais restritos, como a posse.

¹⁹ INTERPRETAÇÃO - CARGA CONSTRUTIVA - EXTENSAO. Se é certo que toda interpretação traz em si carga construtiva, não menos correta exsurge a vinculação à ordem jurídico-constitucional. O fenômeno ocorre a partir das normas em vigor, variando de acordo com a formação profissional e humanística do intérprete. No exercício gratificante da arte de interpretar, descabe “inserir na regra de direito o próprio juízo - por mais sensato que seja - sobre a finalidade que “conviria” fosse por ela perseguida” - Celso Antonio Bandeira de Mello - em parecer inédito. Sendo o Direito uma ciência, o meio justifica o fim, mas não este àquele. **CONSTITUIÇÃO - ALCANCE POLÍTICO - SENTIDO DOS VOCÁBULOS - INTERPRETAÇÃO.** O conteúdo político de uma Constituição não é conducente ao desprezo do sentido vernacular das palavras, muito menos ao do técnico, considerados institutos consagrados pelo Direito. Toda ciência pressupõe a adoção de escorreita linguagem, possuindo os institutos, as expressões e os vocábulos que a revelam conceito estabelecido com a passagem do tempo, quer por força de estudos acadêmicos quer, no caso do Direito, pela atuação dos Pretórios. (...) (RE 166772, Relator(a): Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julgado em 12/05/1994).

político de uma Constituição não é conducente ao desprezo do sentido vernacular das palavras, muito menos ao do técnico, considerados institutos consagrados pelo Direito”.

Nessa linha, pode-se observar o sentido de propriedade recepcionado para fins de determinação da competência tributária dos Municípios, no art. 32 do CTN:

Art. 32. O imposto, de competência dos Municípios, sobre a propriedade predial e territorial urbana *tem como fato gerador a propriedade, o domínio útil ou a posse de bem imóvel por natureza ou por acessão física, como definido na lei civil, localizado na zona urbana do Município.* (grifos nossos.)

Como se vê, o sentido do termo propriedade vai bem além do estritamente jurídico, abarcado pelo art.1.228 do Código Civil, citado anteriormente, abarcando também o domínio útil e a posse do bem imóvel, como condição material da incidência tributária.

O ITBI, por sua vez, sua vez, decorre do já mencionado art. 156, II da CF/88, que delimita a competência nesses termos:

Art. 156. Compete aos Municípios instituir impostos sobre:

II - *transmissão "inter vivos", a qualquer título, por ato oneroso, de bens imóveis, por natureza ou acessão física, e de direitos reais sobre imóveis, exceto os de garantia, bem como cessão de direitos a sua aquisição;* (grifos nossos)

O elemento central dessa competência é o conceito de “*transmissão inter vivos*”. Por “transmissão”, há que se entender a saída de um lugar para o outro – no presente caso, entretanto, refere-se à modificação de titularidade da propriedade de um bem imóvel, ou de algum dos direitos reais sobre ele, bem como os direitos a sua aquisição. A expressão “*inter vivos*” e a menção expressa à onerosidade tem a finalidade de evitar um possível conflito com o Imposto sobre Transmissão Causa Mortis ou Doação – ITCMD.

A Constituição foi mais analítica na redação desse dispositivo, tomando como base o já existente art. 35 do CTN²⁰, que determinava o fato gerador desse imposto. A finalidade do legislador, com essa redação, era alcançar todas as formas de *transmissão do domínio sobre um bem imóvel* – seja ele pleno ou não – bem como o *direito real decorrente da cessão de direitos relativos à transmissão desse domínio*, por compartilharem de igual natureza jurídica, tanto que ressaltou expressamente os direitos reais de garantia, afastando-lhes os efeitos fiscais da incidência, justamente por configurarem simples sujeição do imóvel onerado ao cumprimento de obrigações de outras naturezas (MINISTÉRIO DA FAZENDA, 1954, p.139-140).

Em uma síntese apertada, podemos apontar que a materialidade do IPTU é “*deter propriedade, domínio útil ou posse de bem imóvel urbano*”, ao passo que a materialidade do ITBI é “*realizar a transmissão do domínio, pleno ou não, de forma onerosa, sobre um bem imóvel*”.

²⁰ Art. 35. O imposto, de competência dos Estados, sobre a transmissão de bens imóveis e de direitos a eles relativos tem como fato gerador: I - a transmissão, a qualquer título, da propriedade ou do domínio útil de bens imóveis por natureza ou por acessão física, como definidos na lei civil; II - a transmissão, a qualquer título, de direitos reais sobre imóveis, exceto os direitos reais de garantia; III - a cessão de direitos relativos às transmissões referidas nos incisos I e II.

No primeiro imposto, no qual se tributa o *patrimônio detido*, a finalidade fiscal se baseia no atingimento de riqueza exteriorizada quer pela propriedade, quer pelo uso e fruição de bem imóvel, enquanto no segundo, se tributa um *negócio jurídico que realiza uma inversão financeira através da aquisição de um imóvel*, busca-se alcançar a própria materialidade econômica da transação, retirando-lhe uma parte²¹.

Uma incursão histórica pode fornecer alguns subsídios à análise dos impostos em questão.

Compulsando-se o Anteprojeto do CTN, elaborado por Rubens Gomes de Sousa, se verifica a existência de remissões expressas à base de cálculo do ITBI nos seguintes termos:

Art.56. O imposto é calculado sobre o valor venal dos bens, direitos ou ações transmitidos, cedidos ou consolidados, à data do fato gerador da obrigação tributária principal, determinado por arbitramento da autoridade administrativa ou, em caso de contestação, por avaliação contraditória, administrativa ou judicial, observado, sendo caso, o disposto no art. 54.

Parágrafo único. A lei tributária poderá determinar expressamente o cálculo do imposto sobre o preço da operação, reservando à Fazenda Pública o direito de preferência, fazendo-se, neste caso, a imissão de posse desde que a Fazenda Pública deposite em dinheiro o referido preço para seu levantamento por quem de direito, mediante pagamento das custas e despesas relativas ao depósito (MINISTÉRIO DA FAZENDA, 1954, p.279).

Como se vê da redação, o Anteprojeto do CTN entendia ser o padrão da base de cálculo do ITBI o *valor venal do imóvel*, sendo autorizado à lei tributária do ente competente (à época, era matéria de competência privativa dos Estados) alterar a base de cálculo para o *preço do negócio realizado*.

Tal redação, entretanto, foi objeto de crítica de Gilberto Ulhôa Canto, que sugeriu uma inversão no sistema: a base de cálculo deveria ser, em princípio, o da transação tributável, e somente o valor venal quando o montante declarado for rejeitado pela fiscalização (MINISTÉRIO DA FAZENDA, 1954, p.424). A Comissão que elaborou o projeto, todavia, julgou *prejudicada* a oportuna colocação sob dois fundamentos distintos.

Em primeiro lugar, e de forma mais oblíqua, ao tratar da segregação de servidões prediais na apuração da base de cálculo na alienação de imóveis, consignou que essa discussão afetaria apenas o valor tributável, *que seria matéria de lei local* (MINISTÉRIO DA FAZENDA, 1954, p.141) - o que se alinha com o parágrafo único do art. 56 do Anteprojeto.

Em segundo lugar, e de forma mais explícita, afirma que a supressão de um dispositivo que definisse a base de cálculo foi feita com base no critério geral da Comissão, qual seja *“a regra básica de definir exclusivamente pelo fato gerador, referindo*

²¹ “Enquanto a propriedade continua de posse da mesma pessoa, todos os impostos permanentes que tenham sido lançados sobre ela, quaisquer que fossem, jamais tiveram por finalidade reduzir ou retirar alguma parte de seu valor capital, mas apenas uma parte do rendimento gerado pela propriedade. Mas, quando a propriedade muda de mãos, quando é transmitida, seja de mortos para vivos, seja entre vivos, frequentemente se instituíram sobre ela impostos de natureza tal, que necessariamente lhe retiram uma parte de seu valor capital” (SMITH, 2003, p. 1091).

outros elementos, como base de cálculo e a pessoa do contribuinte, unicamente quando essenciais ao conceito” (MINISTÉRIO DA FAZENDA, 1954, p.115), bem como pela existência do art. 187 no Projeto do CTN²², que definiria a questão de fixação de valores de forma geral, o qual foi convertido integralmente no art. 148 do CTN vigente²³.

Esclarece-se muito do sentido atual do art. 38 do CTN através do recurso à interpretação genética dessa lei.

A construção da base de cálculo do ITBI não pode ser feita isoladamente a partir daquele dispositivo, mas deve se construída conjuntamente ao art. 148 do CTN: a própria Comissão reconheceu, não apenas que este artigo tinha uma função que transcendia o processo administrativo, servindo de critério geral de fixação dos tributos, mas também que a sugestão de Ulhôa Canto quanto à utilização do valor da *transação* como base tributável estaria prejudicada pela aplicação do referido critério, é dizer, a referida contribuição já fora objeto de acate pela disposição existente, dispensando novas inclusões no Projeto.

Portanto, através do método genético, escorado nos trabalhos que antecederam o CTN, bem como as exposições de motivo que o acompanharam, pode-se reconhecer que o termo “*valor venal dos bens ou direitos transmitidos*” deve ser lido à luz do critério do art. 148 do CTN e do juízo feito pela Comissão relativamente à sugestão já analisada, sendo reconhecido como o *valor da transação tributável*, sem prejuízo da fiscalização arbitrar essa base levando-se em conta o valor de mercado do imóvel, nos casos em que as declarações não mereçam fé ou não sejam apresentadas.

Demonstrado, portanto, que desde a origem do CTN a distinção entre as bases de cálculo era presente, permeando os debates e sendo objeto de manifestação expressa dos autores do aplaudido Projeto, pode-se aprofundar a análise dessas diferenças sob a perspectiva do princípio da capacidade contributiva.

3 REFLEXOS DA CAPACIDADE CONTRIBUTIVA E DA PRATICABILIDADE SOBRE AS BASES DE CÁLCULO DO IPTU E ITBI.

Os princípios jurídicos, na lição de Humberto Ávila, possuem uma dimensão de *eficácia interna*, atuando sobre outras normas do mesmo sistema jurídico, definindo-lhes o seu sentido e valor, e auxiliando na compreensão das regras. Essa eficácia é pertinente neste estudo em razão da *função interpretativa* desses princípios, na medida em que atuam sobre a interpretação das normas construídas a partir dos textos legais, restringindo ou ampliando o seu sentido (ÁVILA, 2015, p.122-123).

²² Art. 187. Quando o cálculo do tributo tenha por base, ou tome em consideração, o valor ou o preço de bens, direitos, serviços ou atos jurídicos, a autoridade administrativa, mediante processo regular, arbitrará aquele valor ou preço, ou qualquer dos elementos de um ou de outro, sempre que sejam omissos ou não mereçam fé os documentos expedidos pelos contribuintes ou por terceiros, ressalvada, em caso de contestação, a avaliação contraditória, administrativa ou judicial.

²³ Art. 148. Quando o cálculo do tributo tenha por base, ou tome em consideração, o valor ou o preço de bens, direitos, serviços ou atos jurídicos, a autoridade lançadora, mediante processo regular, arbitrará aquele valor ou preço, sempre que sejam omissos ou não mereçam fé as declarações ou os esclarecimentos prestados, ou os documentos expedidos pelo sujeito passivo ou pelo terceiro legalmente obrigado, ressalvada, em caso de contestação, avaliação contraditória, administrativa ou judicial.

Portanto, ser irá investigar aqui de que forma os princípios constitucionais tributários, mormente o princípio da capacidade contributiva, influencia no conteúdo normativo das bases de cálculo do IPTU e do ITBI.

O princípio da igualdade tributária exige que seja feita a distribuição do ônus fiscal sobre todos os partícipes econômicos da sociedade, de modo que todos contribuam de acordo com suas capacidades e, assim, sejam equanimemente onerados (GRUPENMACHER, 2012, p.55). Trata-se do timbre próprio da tributação em um Estado de Direito, sob o influxo do princípio republicano, que proscreve privilégios e determina igual sacrifício econômico dos administrados (CARRAZZA, 2016, p.87).

A concretização dessa igualdade, calcada no ideário fundante da CF/88, passa pela identificação da *capacidade contributiva* de todos aqueles que serão chamados, por força de lei, a pagar seus tributos. Nesse sentido, aponta Klaus Tipke (2008, p.208), a capacidade contributiva é essencialmente concretizada através da *seleção e constituição das bases de dimensionamento do tributo*, dependendo, portanto, da identificação de quais fatos e condições econômicas estão subordinados à oneração do contribuinte. Esse princípio foi expressamente consagrado pela CF/88, em seu art. 145, §1º²⁴.

Sem entrar nas divergências entre os autores sobre quais seriam os indicadores de capacidade contributiva, que orientariam os próprios parâmetros de justiça fiscal, a posição tradicional reconhece três grandezas: *renda*, *patrimônio* e *consumo*. Os tributos em análise atingem o *patrimônio* do contribuinte, esteja ele em uso ou fruição, no caso do IPTU, ou enquanto objeto de um negócio jurídico que envolva a sua aquisição.

Na escolha da base de cálculo para a tributação sobre o patrimônio, entretanto, concorre também o princípio da praticabilidade tributária²⁵, que determina que a tributação se dê da forma menos custosa e mais prática para a Administração Tributária.

De fato, a busca de realização de tributação justa esbarra, por vezes, com as dificuldades de aferir real capacidade econômica de cada contribuinte. Sobre isto, o próprio texto constitucional é enfático, ao apontar na parte final do art. 145, §1º, a necessidade de conferir efetividade aos objetivos arrecadatórios autoriza a identificação, de acordo com os limites dispostos em lei e salvaguardando os direitos individuais, dos indícios da capacidade contributiva. O próprio dispositivo constitucional evidencia a contradição entre a pessoalidade tributária através da capacidade econômica e a realização efetiva da atividade tributária ou, noutros termos, entre a capacidade contributiva e a praticabilidade tributária (CARRAZZA, 2015, P.88).

É natural, portanto, que esses princípios informem o sentido da regra-matriz de todos os tributos, mormente os que são analisados aqui, haja vista se tratar de impostos que oneram o patrimônio de formas diversas.

A tributação sobre o patrimônio pela sua propriedade, domínio útil ou posse, é praticada há muitos séculos, em diversos países no mundo, sob uma assunção básica:

²⁴ Art. 145 (...) § 1º Sempre que possível, os impostos terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte, facultado à administração tributária, especialmente para conferir efetividade a esses objetivos, identificar, respeitados os direitos individuais e nos termos da lei, o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte.

²⁵ “Praticabilidade é o nome que se dá a todos os meios e técnicas utilizáveis com o objetivo de tornar simples e viável a execução das leis. Como princípio geral da economicidade e exequibilidade, inspira o Direito de forma global. Toda lei nasce para ser aplicada e imposta, por isso não falta quem erija a praticabilidade a imperativo constitucional implícito.” (DERZI, 2010, p.888).

a propriedade imobiliária é potencialmente hábil à produção de rendimentos (SMITH, 2003, p. 1049-1052). Por outro lado, esbarrava-se em um problema prático, que era a quantificação desse potencial rendimento, uma oneração especial do patrimônio que Dieter Birk denomina de *débito fiscal teórico (sollertragsteuerlich)*²⁶.

Em razão dessa dificuldade, optou-se por utilizar parâmetros mais objetivos para o cálculo do imposto sobre a propriedade imobiliária (como, em um canhestro exemplo inglês, a quantidade de janelas dos prédios). No Brasil não é diferente: os Municípios utilizam a PGV para estabelecer os critérios de cálculo desse tributo, tomando-a como parâmetro para identificar o valor de mercado de um direito que não é objeto de operação mercantil.

Trata-se de uma base de cálculo que tem a sua utilidade condicionada à utilização de padrões que se afastam da “real” capacidade contributiva do titular do direito, como explica Misabel Derzi (2010, p. 890):

Essas presunções e esses somatórios considerados atenuações do princípio da igualdade, o qual manda que se esgote o programa da norma, considerando-se todas as diferenças individuais relevantes. Em vez de descer às múltiplas distinções do caso concreto, o administrador passa a trabalhar com um padrão: o caso médio ou frequente (...). Pode haver prejuízos apenas relativos, o que corresponde à ofensa à igualdade.

Portanto, a base de cálculo do IPTU, assim como de outros tributos sobre a propriedade, posse ou domínio útil de bens, é fortemente conformada pelo princípio da praticabilidade tributária, em razão das dificuldades de apurar o *quantum* de manifestação de riqueza que essa situação jurídica manifesta²⁷.

De outro giro, quando se fala em tributação das inversões de patrimônio, especificamente na operação de aquisição onerosa de um imóvel, *há uma clara e imediata realização do valor no mercado*, confirmando a dimensão econômica efetiva desse direito (TIPKE, 2008, p. 215).

Nesse caso, a ocorrência da materialidade tributável implica também na efetiva realização do bem ou direito, permitindo à fiscalização identificar precisamente a dimensão econômica do fato jurídico tributário e submetê-lo à tributação conforme. Diferentemente da hipótese anterior, aqui se verifica uma preponderância do princípio da capacidade contributiva, em relação à praticabilidade, em razão da possibilidade de identificação com segurança do valor do patrimônio alienado.

Pois bem. Em sendo o art. 145, §1º da CF/88 um dispositivo normativo cogente, e não meramente programático, pode-se afirmar que sempre que possível, os impostos deverão ser graduados em atendimento à capacidade econômica dos contribuintes. É dizer, devem-se utilizar *bases de cálculo* que reflitam a materialidade econômica,

²⁶ Para justificar essa manifestação de riqueza, Hans-Wolfgang Arndt se refere principalmente à teoria do fundo (*Fundustheorie*) que entende que a renda da propriedade é uma “renda fundada” ou segura, em relação à renda do trabalho, pois independente de um desempenho específico do contribuinte, e à teoria da propriedade (*Vermögensbesitztheorie*) que reconhece na propriedade uma série de benefícios não necessariamente financeiros, como credibilidade, satisfação pessoal, segurança econômica etc. (ARNDT, 1999, p.28-29).

²⁷ Nesse sentido, reforça Tipke que “A aparente racionalidade de procedimentos de avaliação faz esquecer que a avaliação de bens materiais estocados é frequentemente demasiado hipotética e especulativa, para poder produzir um verdadeiro valor” (TIPKE, 2008, p.215).

resguardando a utilização de padrões para os casos em que seja impraticável tal determinação.

Essa disposição afeta diretamente a determinação das bases de cálculo, pois, em se tratando do IPTU, há uma natural dificuldade de determinação da base tributável, ao passo que no ITBI se dá o contrário, pois a realização econômica do bem permite a precisa identificação da materialidade econômica da transação. Utilizar a base de cálculo do IPTU para o ITBI é, ao fim e ao cabo, uma burla à determinação expressa do art. 145, §1º da CF/88, devendo-se interpretar a sua base de cálculo em um sentido que compreenda a adequada identificação da capacidade contributiva do sujeito.

Portanto, em havendo uma transação que promove uma evidenciação da substância econômica do bem ou direito alienado, a base de cálculo não pode ser outra senão o valor dessa operação, por ser o parâmetro relacionado à hipótese de incidência que melhor gradua o tributo de acordo com a capacidade contributiva.

Por fim, cabe um exame da forma como o Superior Tribunal de Justiça tem enfrentado o tema.

4. A JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA SOBRE O TEMA.

Há entendimentos antigos no âmbito do STJ que reconhecem que a base de cálculo do ITBI não deve ser o valor de mercado do bem, mas sim o valor real praticado na venda do imóvel. Essa linha de precedentes se iniciou com a discussão sobre a incidência do referido imposto sobre bens arrematados em hasta pública, e que, portanto, estariam sujeitos a uma avaliação judicial para fins de sua precificação.

Ao analisar a questão, no REsp nº 2.525/PR²⁸, o ministro Armando Rolemberg entendeu que tendo em vista que a arrematação corresponde à forma de aquisição do bem vendido judicialmente, dever-se-ia considerar como valor venal do imóvel aquele atingido em hasta pública, servindo como base de cálculo do ITBI.

Em precedentes mais recentes, como o AgRg no REsp 1.057.493/SP²⁹, o tribunal refere-se também à doutrina de Hugo de Brito Machado (2008, p.398), para afirmar que ponto de partida para a determinação de sua base de cálculo é a compra e venda, o preço. Este funciona no caso, como uma declaração de valor feita pelo contribuinte, que pode ser aceita, ou não, pelo fisco, aplicando-se, na hipótese de divergência, a disposição do art. 148 do CTN.

A menção do referido professor ao artigo 148 do CTN corrobora as conclusões que foram expostas anteriormente, sobre a relevância deste dispositivo para a compreensão e delimitação da base de cálculo do ITBI. Na esteira deste entendimento é que o STJ enfrentou a questão da relação entre a base de cálculo do IPTU e do ITBI, para concluir que “a forma de apuração da base de cálculo e a modalidade de lançamento dos impostos são diversas, não sendo possível vincular tais valores”, a exemplo do REsp nº 1.202.007³⁰.

²⁸ REsp n.º 2.525/PR, Rel. Min. Armando Rolemberg, DJ de 25/6/1990.

²⁹ AgRg no REsp 1057493/SP, Rel. Ministro Francisco Falcão, Primeira Turma, julgado em 26/08/2008, DJe 04/09/2008.

³⁰ REsp 1202007/SP, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 07/05/2013, DJe 15/05/2013.

Precisa é a colocação do Ministro Herman Benjamin, no AgRg no REsp 36.740/RS³¹, sobre o tema:

No cômputo da base de cálculo do IPTU ou do ITBI não há uma precisão na apuração do valor real do imóvel, daí a necessidade de um instrumento jurídico capaz de determinar, em cada caso, o valor da base de cálculo, o mais próximo da realidade imobiliária local. Como exemplo, as chamadas Plantas Genéricas de Valores que estabelecem os critérios de apuração do valor venal de uma infinidade de imóveis semelhantes com fins de lançamento tributário para cobrança de IPTU.

Aduz o ministro que a determinação da base de cálculo dos tributos em comento fica a cabo, em cada caso, de instrumentos próprios que reflitam a capacidade contributiva existente, referindo-se à PGV para o IPTU, que traça parâmetros para o cálculo e cobrança anuais desse imposto. Da mesma forma, pontua que o Fisco, quando da apuração do valor venal do imóvel para cálculo do ITBI, pode utilizar-se do valor venal apurado pelo Município, nos moldes da PGV ou de seu cadastro imobiliário, para cobrança de IPTU – sem prejuízo da apuração do valor venal por outros meios, através de seus agentes.

Parece-nos, da leitura dos precedentes analisados e de muitos outros, que se estabeleceu no âmbito do STJ a interpretação de que a base de cálculo do ITBI e do IPTU é, de fato, o valor venal do imóvel, diferindo apenas a apuração desse valor no caso concreto, que poderia conduzir a valores diferentes para os impostos incidentes sobre um mesmo imóvel.

Com a devida vênia, não podemos concordar com essa leitura feita pelo STJ. Não é possível que dois impostos tenham a mesma base de cálculo, mesmo que na aplicação ao caso concreto sejam utilizadas formas diferentes de apuração. A lição de Alfredo Augusto Becker é claríssima a respeito:

O critério de investigação da natureza jurídica do tributo que se demonstrará ser o único verdadeiramente objetivo e jurídico, parte da base de cálculo para chegar ao conceito do tributo. Este só poderá ter uma única base de cálculo. A sua conversão em cifra é que poderá variar de método: ou peso e/ou medida e/ou valor. Quando o método é o valor, surge facilmente o perigo de se procurar atingir este valor mediante a valorização de outro elemento que consistirá, logicamente, outra base de cálculo e com isto, ipso facto, desvirtuou-se o pretendido gênero jurídico do tributo. *Haverá tantos distintos gêneros jurídicos de tributos, quantas diferentes bases de cálculo existirem* (BECKER, 2007, p.395).

Esse raciocínio parece estar calcado na distinção desenvolvido por Aires Barreto entre a “base de cálculo” e a “base calculada”, sendo a primeira haurida do plano legal, e a segundo decorrente do nível fático, ou referida ao fato imponible (BARRETO, 1986, p. 37-38). No mesmo sentido, Roque Carrazza (2016, p.287-288) aponta que a base de cálculo *in abstracto* está para a hipótese de incidência do tributo, assim como a base de cálculo *in concreto* está para o fato imponible, com a ressalva que não há que se

³¹ AgRg no AREsp 36.740/RS, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 25/10/2011, DJe 22/11/2011.

confundir a descrição normativa da base e a real apuração do valor nela indicado, diante da realização do fato jurídico-tributário.

Portanto, caberia ao Legislador, utilizando a terminologia de Aires Barreto, estabelecer a *base de cálculo*, ao passo que seria atribuição da Administração apurar a *base calculada*. No entendimento do STJ, esse processo de apuração poderia se dar de diversas formas, gerando *bases calculadas* distintas para o ITBI e o IPTU, ainda que se tenha partido da mesma descrição legal – o *valor venal do imóvel*.

Essa leitura parece desviar do sentido original que a distinção foi traçada, na qual, apesar de diferentes, a base de cálculo e a base calculada teriam uma necessária relação. Como afirmava Aires Barreto, a base de cálculo é um padrão de referência a ser considerado na quantificação financeira dos fatos tributários, um critério abstrato de medição que, conjugado a uma alíquota, permite o cálculo do *quantum* devido (BARRETO, 1986, p. 39), ao passo que a base calculada nada mais é do que a aplicação daquele parâmetro legal a um caso concreto – como arremata Ataliba, “a base calculada resulta da aplicação concreta da base impositiva” (ATALIBA, 2009, p.113).

As considerações acima são necessárias para reafirmar o óbvio: da mesma forma que o legislador não tem liberdade para construir bases de cálculo que fujam do arquétipo constitucional construído pelas competências atribuídas, também a Administração não pode determinar formas de apuração da base calculada que desvirtuem o critério legal de apuração do tributo – o administrador se submete à lei, e esta, por sua vez, deve se alinhar aos ditames constitucionais.

Entender que a diferença entre as bases calculadas do ITBI e do IPTU é suficiente para evidenciar a distinção de natureza jurídica entre os dois impostos, é inverter a lógica do Direito, e permitir que a administração determine o principal elemento estrutural dos tributos em comento.

Desse modo, entendemos que o STJ andou bem, em reconhecer que não há uma ligação entre o cálculo dos valores do IPTU e do ITBI, mas discordamos da fundamentação utilizada, que pressupõe uma liberdade à Administração que ela não possui, ao tratar as bases de cálculo dos impostos como idênticas.

Feitas essas considerações, podemos passar com segurança às conclusões.

CONCLUSÃO

O presente trabalho partiu da problemática envolvendo as bases de cálculo do IPTU e do ITBI, ambas referidas pelo CTN como os “valores venais” dos bens ou direitos tributados, apesar de se tratarem de impostos distintos, para traçar aproximações e distanciamentos entre eles, dando mais contraste à assimetria semântica existente.

As conclusões desse trabalho são as seguintes:

- a) Estando baseados em competências distintas, é mandatório que eles ostentem naturezas jurídicas distintas, que por sua vez impactam em diversos binômios “hipótese de incidência – base de cálculo”, em seus arquétipos constitucionais;

- b) A Comissão que elaborou o Anteprojeto do CTN reconhecia uma diferença entre as bases de cálculo do IPTU e do ITBI, tanto que, ao responderem à sugestão de Gilberto Ulhôa Canto para que a base deste último fosse o valor da transação tributável, indicaram que ela já estaria acolhida pelo atual art. 148 do CTN – que deveria exercer o papel de um parâmetro geral de fixação de bases de cálculo;
- a. Ao se referir a “*preço de bens e direitos*”, o art. 148 do CTN integra a compreensão do art. 38 do CTN, evidenciando que a base de cálculo do ITBI se refere a uma transação efetivamente realizada, e não a um valor estipulado de forma padrão;
- c) À luz da função interpretativa dos princípios da capacidade contributiva e da praticabilidade sobre os dispositivos que determinam a base de cálculo do IPTU e do ITBI, pode-se observar que o fato de ambos os tributos serem impostos sobre o patrimônio não elide as profundas diferenças estruturais entre eles, afetando diretamente a determinação das bases de cálculo dos impostos em questão;
- a. O IPTU envolve uma natural dificuldade de determinação da base tributável, ao passo que no ITBI se dá o contrário, pois a realização econômica do bem permite a precisa identificação da materialidade econômica da transação;
 - b. Utilizar a base de cálculo do IPTU para o ITBI é uma burla à determinação expressa do art. 145, §1º da CF/88, devendo-se interpretar a sua base de cálculo em um sentido que compreenda a adequada identificação da capacidade contributiva do sujeito;
 - c. Havendo uma transação que promove uma evidenciação da substância econômica do bem ou direito alienado, a base de cálculo não pode ser outra senão o valor dessa operação, por ser o parâmetro relacionado à hipótese de incidência que melhor gradua o tributo de acordo com a capacidade contributiva;
- d) A jurisprudência do STJ se baseia em diversos precedentes no sentido de que a base de cálculo do IPTU não vincula o ITBI e vice-versa. A despeito de concordarmos com a conclusão, discordamos do fundamento invocado de que a base de cálculo do ITBI e do IPTU seria o mesmo valor venal do imóvel, diferindo apenas a apuração desse valor no caso concreto, que poderia conduzir a valores diferentes para os impostos incidentes sobre um mesmo imóvel. Da mesma forma que o legislador não tem liberdade para construir bases de cálculo que se distanciem do arquétipo constitucional, também a Administração não pode determinar formas de apuração da base calculada que desvirtuem o critério legal de apuração do tributo.
- e) Pois bem, diante das razões apresentadas, entendemos que há uma *assimetria conceitual quanto ao valor venal para fins do ITBI e do IPTU*.
- a. Na *base de cálculo* do IPTU, o valor venal representa o valor de mercado do imóvel ou prédio sobre o qual se tem propriedade,

domínio útil ou posse. Esse valor é um parâmetro extremamente genérico, e se encontra influenciado por diversos fatores, razão pela qual a *base calculada* do IPTU utiliza de padrões e critérios consolidados em uma Planta Genérica de Valores para estipular qual seria a materialidade econômica desse direito real.

Em se tratando da *base de cálculo* do ITBI, o valor venal deve ser entendido como o preço do negócio jurídico que operou a transmissão do bem imóvel ou direito real. Esse valor é um parâmetro preciso e pode ser imediatamente identificado, representando a realização econômica concreta do bem ou direito e representando fielmente a capacidade contributiva dos sujeitos envolvidos. A sua *base calculada*, via de regra, será o preço pago em uma transmissão onerosa efetivamente realizada, salvo nas hipóteses em que as documentações que atestem o preço não seja dignas de fé, ou o preço seja omissivo, caso em que a fiscalização poderá utilizar o padrão da base calculada do IPTU como ponto de partida para o arbitramento do ITBI.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**, trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ARNDT, Hans-Wolfgang. Rechtfertigung der Besteuerung des Vermögens aus steuersystematischer Sicht, In **Steuern auf Erbschaft und Vermögen**. Colônia: O. Schmidt, 1999.

ATALIBA, Geraldo. **Estudos e pareceres de direito tributário**, v.2. São Paulo: RT, 1978.

_____. **Hipótese de Incidência Tributária**, 6ªed. São Paulo: Malheiros, 2009.

_____. **Sistema Constitucional Tributário Brasileiro**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1968.

ÁVILA, Humberto. Eficácia do Novo Código Civil na Legislação Tributária. In: GRUPPENMACHER, Betina. (Org.). **Direito Tributário e o Novo Código Civil**. São Paulo: Quartier Latin, 2004, v. 1.

_____. **Teoria dos Princípios**, 16ªed. São Paulo: Malheiros, 2015.

BARRETO, Aires Fernandino. **Base de Cálculo, alíquota e princípios constitucionais**. São Paulo: RT, 1986.

BECKER, Alfredo Augusto. **Teoria Geral do Direito Tributário**, 4ªed. São Paulo: Noeses, 2007.

BORGES, José Souto Maior. **Obrigação Tributária – uma introdução metodológica**, 3ªed. São Paulo: Malheiros, 2015.

CARRAZZA, Elizabeth Nazar. **IPTU e Progressividade – Igualdade e Capacidade Contributiva**, 2ªed. São Paulo: Quartier Latin, 2015.

CARRAZZA, Roque Antonio. **Curso de Direito Constitucional Tributário**, 30ªed. São Paulo: Malheiros, 2016.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de Direito Tributário**, 28ªed. São Paulo: Saraiva, 2017.

COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. **Curso de Direito Tributário Brasileiro**, 10ªed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

- DERZI, Misabel. Notas de Atualização a BALEEIRO, Aliomar. **Limitações Constitucionais ao Poder de Tributar**. Rio de Janeiro: Forense, 2010.
- DÓRIA, Antônio R.S. **Discriminação das Rendas Tributárias**. São Paulo: José Bushatsky, 1972.
- GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**, 13ªed. São Paulo: Malheiro, 2008.
- GRUPENMACHER, Betina Trieger. Das Exonerações Tributárias. Incentivos e Benefícios Fiscais. In **Novos Horizontes da Tributação – Um diálogo luso-brasileiro**. Coimbra: Almedina, 2012.
- LEAL, Victor Nunes. “Leis federais e leis estaduais”, in **Problemas de Direito Público**. Rio de Janeiro: Forense, 1960.
- MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de Direito Tributário**, 29ed.. São Paulo: Malheiros, 2008.
- MINISTÉRIO DA FAZENDA. **Trabalhos da Comissão Especial do Código Tributário Nacional**. Rio de Janeiro, 1954.
- SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 9º ed. São Paulo: Malheiros, 1992.
- SMITH, Adam. **A Riqueza das Nações**, v. II. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- TIPKE, Klaus. **Steuerrecht (Direito Tributário)**, v.1. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2008.
- VELLOSO, Andrei Pitten. **Conceitos e Competências Tributárias**. São Paulo: Dialética, 2005.



ALIMENTAÇÃO, SAÚDE E MEIO AMBIENTE: OS NUDGES COMO INSTRUMENTO PARA UMA ALIMENTAÇÃO SAUDÁVEL E SUSTENTÁVEL NO BRASIL.

*João Luís Nogueira Matias¹,
Luciana Rêgo dos Santos²*

RESUMO

Nas últimas cinco décadas, a produção global de alimentos e os padrões alimentares mudaram consideravelmente. Atualmente, conseguir proporcionar dietas saudáveis a partir de sistemas alimentares sustentáveis em meio a uma população mundial crescente, com expectativa de quase 10 bilhões pessoas em 2050, representa um dos maiores desafios da humanidade para a saúde e para o meio ambiente no século XXI. No Brasil, tem-se constatado um aumento considerável no consumo de alimentos ultraprocessados pela população. Infelizmente, as ferramentas tradicionalmente utilizadas na economia e na política não têm sido efetivas na concretização de uma alimentação saudável e sustentável, que garanta a proteção ao meio ambiente e a saúde dos indivíduos. Considerando tal fato, objetiva-se neste artigo analisar a aplicação *nudges*, em complemento aos instrumentos tradicionalmente utilizados, a fim de incentivar a adoção de uma alimentação saudável e sustentável. A metodologia é descritiva e exploratória, com análise de textos doutrinários, normativos e dados empíricos. Apesar da aceitabilidade dos *nudges* não ser pacífica na doutrina, estudos empíricos têm comprovado que intervenções comportamentais são muitas vezes benéficas para induzir comportamentos alimentares mais saudáveis e sustentáveis. Constatou-se que as intervenções comportamentais podem oferecer auxílio benéfico relevante nas escolhas alimentares dos indivíduos. Por fim, foram realizadas propostas de *nudges* para a contribuição de dietas mais saudáveis e sustentáveis no país.

PALAVRAS-CHAVE: Direito ao meio ambiente saudável. Direito à alimentação. Saúde. Economia comportamental. *Nudges*.

FOOD, HEALTH AND ENVIRONMENT: NUDGES FOR HEALTHY AND SUSTAINABLE FOOD IN BRAZIL.

¹ Doutor em Direito Comercial pela Universidade de São Paulo - USP (2009). Doutor em Direito público pela Universidade Federal de Pernambuco (2003). Mestre em Direito e desenvolvimento pela Universidade Federal do Ceará (1999). MBA em gestão de empresas FGV/MARPE (2005). Professor Titular da Universidade Federal do Ceará e do Centro Universitário 7 de Setembro - UNI7. Ministra as disciplinas "Direito da empresa I" (direito societário), "Ordem jurídica e economia na perspectiva dos direitos fundamentais" e "Meio ambiente, sustentabilidade e direitos fundamentais", respectivamente, na graduação e no Programa de Pós-graduação (Curso de Mestrado e Doutorado). Ex-coordenador do Programa de Pós-graduação em Direito da UFC.

² Mestranda em Direito pela Universidade Federal do Ceará (UFC). Advogada. Assessora Técnica da Coordenadoria Jurídica da Secretária Municipal de Saúde de Fortaleza. Especialista em Direito e Processo Constitucionais pela Universidade de Fortaleza - UNIFOR. Graduada em Direito pela UNIFOR. Possui experiência no âmbito do Direito Público (Constitucional e Administrativo). Desenvolve estudos em temáticas relacionadas às Políticas Públicas, Economia Comportamental e Direito da Saúde.

ABSTRACT

Over the past five decades, global food production and eating patterns have changed considerably. Currently, being able to provide healthy diets from sustainable food systems amid a growing world population, with an expectation of nearly 10 billion people in 2050, represents one of humanity's greatest challenges to health and the environment in the 21st century. In Brazil, there was a sharp increase in the consumption of ultra-processed foods by the population. Unfortunately, the traditional tools used in the economy and in politics have not been effective in achieving healthy and sustainable food that guarantees the health of people and the environment. This article aims to analyze this application, in addition to the instruments traditionally used, in order to encourage the adoption of healthy and sustainable foods in Brazil. The methodology is descriptive and exploratory, with analysis of doctrinal, normative texts and empirical data. Although the acceptability of nudges is not peaceful in doctrine, empirical studies have proven that behavioral interventions are often beneficial in inducing eating behaviors more healthy and sustainable. It was found that behavioral measures can offer relevant beneficial aid in individuals' food choices. Finally, incentive proposals were made to contribute to healthier and more sustainable diets in the country.

KEYWORDS: Right to a healthy environment; right to food. Health. Behavioral economics. *Nudges*.

Introdução

Os atuais padrões de desenvolvimento têm contribuído para a degradação ambiental, bem como, para a redução da qualidade de vida humana. Alterações no meio ambiente natural, a devastação dos ecossistemas e o consumo descontrolado de bens têm impactado na qualidade da saúde da população.

Para além do cenário de devastação ambiental, nas últimas décadas a produção global de alimentos e os padrões alimentares foram consideravelmente alterados, com a ampliação do consumo de alimentos industrializados, ricos em gorduras, açúcar, sódio etc., favorecendo o aparecimento de doenças crônicas não transmissíveis ligadas à alimentação. O crescente aumento de casos de câncer, obesidade, diabetes e outras doenças crônicas têm ameaçado o bem-estar global.

A Organização das Nações Unidas para a Alimentação e Agricultura (FAO, 2010) tem alertado para a necessidade urgente de uma transformação do sistema alimentar vigente, haja vista que a expectativa populacional para 2050 é de 10 bilhões de pessoas. Ademais, o setor de alimentação é um dos que mais colabora para as emissões de gases de efeito estufa e para o desmatamento.

De modo mais agravante, o consumo de alimentos ultraprocessados tem prevalecido, intensificando as problemáticas da saúde e meio ambiente. Inclusive, no Brasil, o consumo desse tipo de alimento teve um considerável aumento no período 2002 a 2018, fato que preocupa as autoridades (IBGE, 2020).

Os instrumentos legais, econômicos e políticos, tradicionalmente utilizados para fomentar um sistema alimentar saudável e sustentável não têm sido eficazes. Assim, diante da urgência para a transformação alimentar global, este artigo tem como objetivo central analisar como a Economia Comportamental, através de ferramentas de *nudges*, pode auxiliar políticas tradicionais na redução do consumo de alimentos ultraprocessados e na efetivação de uma alimentação saudável e sustentável no Brasil.

De início, aborda-se a questão do direito ao meio ambiente sadio, explorando aspectos históricos da ligação entre saúde e meio ambiente, para depois, analisar os caminhos legais percorridos para o reconhecimento desse direito. No segundo tópico, será examinada a ligação entre alimentação, saúde e meio ambiente, analisando o direito à alimentação adequada e saudável como um direito humano e o impacto dos alimentos ultraprocessados à saúde humana e ao meio ambiente. Por último, serão estudados os benefícios da utilização da Economia Comportamental no incentivo a uma alimentação saudável e sustentável, sendo propostos *nudges* para redução de alimentos ultraprocessados no Brasil. Ao final serão apresentadas as conclusões.

A metodologia é descritiva e exploratória, com análise de textos, especialmente doutrinários e normativos, assim como de dados empíricos.

1. O DIREITO AO MEIO AMBIENTE SADIO

A crise ambiental é um produto histórico que advém de diferentes modos de produção, mentalidades e culturas. A relação entre homem e meio ambiente se torna cada vez mais complexa, exigindo práticas interdisciplinares e transdisciplinares de conhecimento, equipes multiprofissionais e políticas intersetoriais que possam lidar de forma adequada com os problemas ambientais.

Nenhuma intervenção no meio ambiente é isenta de impactos ou mesmo desprovida de consequências e podem perpetuar efeitos de curto, médio ou longo prazo, de modo a atingir gerações atuais e futuras. Dessas relações entre meio ambiente e seres humanos, destaca-se a problemática ambiental que incide diretamente sobre a saúde, que demanda o reconhecimento do direito ao meio ambiente sadio.

Assim, para proceder à análise da ligação entre saúde e meio ambiente, é necessário, primeiramente, analisar a relação histórica das questões ambientais e da saúde no decorrer do tempo, para depois compreender os contornos do direito ao meio ambiente sadio.

1.1 Evolução histórica da relação saúde-meio ambiente.

As preocupações sobre a questão ambiental e sua vinculação com a saúde estão presentes na sociedade desde os primórdios. Todavia, o papel atribuído ao meio ambiente dentro do processo saúde-doença variou conforme a época histórica vivenciada, havendo “períodos em que sua importância era enfatizada, e outros em que praticamente negou-se sua participação neste processo” (GOUVEIA, 1999, p. 51).

Em meados do século V a.C, Hipócrates já demonstrava em sua obra “Ares, Águas e Lugares” a conexão entre aspectos ambientais e a proliferação de doenças (RADICHI, LEMOS, 2009, p. 40). Ao herdar o legado da cultura grega, os Romanos adotaram a concepção de saúde utilizada pelos gregos, bem como investiram em redes de esgoto e água, haja vista a crença de que o ar dos pântanos e o mau odor poderiam ocasionar doenças. Essas e outras ações, como a instalação de banhos públicos, trouxeram consequências positivas para a saúde pública da época (BRUNIERI, 2016, p. 28 e 29).

A despeito dos investimentos realizados, após a desintegração da civilização greco-romana, houve uma drástica redução das práticas de saúde pública e da cultura

urbana, de modo a ganhar força a ideia de que fatores espirituais seriam determinantes para a proliferação e cura das doenças (RIBEIRO, 2004, p. 73). Posteriormente, as precárias condições higiênicas das cidades medievais contribuiriam para proliferação de epidemias, como a da peste negra, que ocasionou a morte de um terço da população europeia na época (BRUNIERI, 2016, p. 29).

A concepção “ambiental” da doença ganhou destaque ainda durante os séculos XVI e XVII com a Teoria dos Miasmas, que atribuía a transmissão de doenças pelo ar e pelos maus odores (GOUVEIA, 1999, P. 51). Além disso, a partir do Séc. XIX com a reforma sanitária na Inglaterra, houvera a incorporação medidas voltadas ao meio ambiente nas políticas de saúde, principalmente no que tange ao fornecimento de água pura e à correta disposição de lixo e de esgotos (RIBEIRO, 2004, p. 73 e 74).

Contudo, a descoberta da teoria microbiana ou bacteriológica na metade do século XIX, advinda principalmente das pesquisas de Snow, Pasteur, e Koch, levou a perda de força da Teoria Miasmática juntamente com a concepção da importância do meio ambiente físico e social para a saúde (GOUVEIA, 1999, p. 52).

O achado dos microrganismos causadores das doenças infecciosas foi um marco para a medicina e para a saúde pública, principalmente na explicação do processo saúde/doença (PAIM; ALMEIDA FILHO, 2000). Assim, as primeiras décadas do século XX foram marcadas pelo controle de grande parte das doenças infecciosas e pela redução das taxas de mortalidade.

Apenas na metade do século XX as pesquisas relacionadas à saúde e ao meio ambiente foram retomadas devido ao crescente reconhecimento de causas externas na origem de enfermidades (como o câncer e as doenças crônico-degenerativas, por exemplo), especialmente devido a influência de fatores ambientais (RIBEIRO 2004, p. 75).

Logo após a Segunda Guerra Mundial, recursos naturais eram utilizados indiscriminadamente em razão da disseminação da ideia de que a industrialização e a modernização eram os únicos caminhos para a retomada da prosperidade econômica. Somente a partir de graves acidentes ecológicos a temática ambiental voltou para o centro do debate político (NIENCHESKI, 2014 p. 67).

Em que pese os expressivos avanços produzidos no século XX, percebe-se que as ações humanas têm ocasionados importantes prejuízos ao meio ambiente e à qualidade de vida dos indivíduos, podendo se manifestar inclusive através de eventos agudos, como nos acidentes de Seveso, Chernobyl, Bhopal e diversos outros, causando mortes e efeitos prejudiciais crônicos à saúde (RADICHI, LEMOS, 2009, p. 19).

A industrialização e os avanços tecnológicos aumentaram consideravelmente a quantidade e a variedade de contaminantes químicos despejados no meio ambiente, de modo que a urbanização mundial tem ocasionado severas implicações ao bem-estar dos indivíduos e para o meio ambiente (GOUVEIA, 1999, p. 52). É inegável que o modelo de desenvolvimento disseminado até então difundiu amplamente processos produtivos inadequados na busca da prosperidade econômica a todo custo, provocando danos à saúde humana e ao meio ambiente que poderiam ser evitados ou, pelo menos, minimizados.

É indubitável a conexão entre saúde ambiental e saúde humana, entre meio ambiente e saúde. Segundo Helena Ribeiro (2004, p. 77), essa vinculação tornou-se “mais evidente para a sociedade devido à sensível redução da qualidade ambiental, verificada nas últimas décadas, consequência do padrão de crescimento econômico adotado no país e de suas crises”.

Corroborando este entendimento, Klaus Bosselman (2015, p.148) afirma que deve ser considerado, por óbvio, condições ambientais sadias como parte do direito à vida (o qual se encontra diretamente ligado à saúde). Para o autor, “sempre que ocorre um dano ambiental, o gozo dos direitos humanos é colocado potencialmente em perigo” (BOSSELMAN, 2015, p.147).

Para Ingo Wolfgang Sarlet e Tiago Fensterseifer (2012, p. 41), a sadia qualidade de vida somente é efetivada quando estão assegurados determinados padrões ecológicos, desenvolvendo-se o conceito de vida “para além de uma concepção estritamente biológica ou física, uma vez que os adjetivos “digna” e “saudável” acabam por implicar um conceito mais amplo”.

No Brasil, a atenção voltada para as problemáticas ambientais e sua ligação com a saúde humana foi expandida a partir da década de 1970 e evoluiu juntamente com a legislação brasileira, difundindo-se a ideia de que a saúde (física ou mental, individual ou coletiva), está diretamente relacionada à qualidade do meio ambiente (RIBEIRO 2004 p. 76 e 77). A própria Lei nº 8.080/90, que criou o Sistema Único de Saúde – SUS, definiu o meio ambiente como um dos fatores determinantes e condicionantes para a efetivação da saúde (art. 3º), bem como, incluiu no âmbito da atuação do SUS a colaboração na proteção do meio ambiente, inclusive o do trabalho.

Assim, demonstrada a vinculação histórica entre meio ambiente e saúde, passa-se a analisar como o direito ao meio ambiente saudável passou a ser considerado como direito fundamental.

1.2 O reconhecimento do direito ao meio ambiente saudável como um direito fundamental.

A proteção ao meio ambiente ganhou nova dimensão a partir do Princípio 1, da Declaração de Estocolmo de 1972³, considerado o marco histórico-normativo inicial da proteção ambiental (DA SILVA, 2003, p. 69). O documento inaugurou no âmbito internacional a concepção de um direito ao ambiente equilibrado e saudável, como aspecto indispensável para uma vida humana digna. (FENSTERSEIFER, SARLET, 2012, p. 39).

Outro importante marco para reafirmação e fortalecimento do direito ao meio ambiente saudável, foi a Conferência da Organização das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente e o Desenvolvimento (ECO-92), que ocorreu vinte anos após a edição da Declaração de Estocolmo. A Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, estabeleceu em seu 1º princípio que “Os seres humanos estão no

³ Princípio 1

O homem tem o direito fundamental à liberdade, à igualdade e ao desfrute de condições de vida adequadas em um meio ambiente de qualidade tal que lhe permita levar uma vida digna e gozar de bem-estar, tendo a solene obrigação de proteger e melhorar o meio ambiente para as gerações presentes e futuras. A este respeito, as políticas que promovem ou perpetuam o apartheid, a segregação racial, a discriminação, a opressão colonial e outras formas de opressão e de dominação estrangeira são condenadas e devem ser eliminadas.

centro das preocupações com o desenvolvimento sustentável. Têm direito a uma vida saudável e produtiva, em harmonia com a natureza”.

Posteriormente, a Declaração e Programa de Ação de Viena, originada da 2ª Conferência Mundial sobre Direitos Humanos, em 1993, em seu art. 11, enfatizou as problemáticas relacionadas às necessidades ambientais e ao desenvolvimento das gerações presentes e futuras (FENSTERSEIFER, SARLET, 2012, p. 39).

Alguns anos depois, a Declaração de Bisciaia, editada em 1999, corroborando a concepção de um direito ao meio ambiente saudável, dispõe, em seu artigo art. 1º, que todos têm o direito de desfrutar de um meio ambiente sadio, ecologicamente equilibrado, seja perante entidades públicas ou privadas.

No âmbito nacional, a Constituição Federal de 1988 seguiu os caminhos do direito constitucional comparado e do direito internacional em relação ao reconhecimento do direito ao meio ambiente saudável como direito fundamental, tanto em seu sentido formal como material. De modo expreso no texto constitucional brasileiro (art. 225), é garantido a todos um meio ambiente ecologicamente equilibrado, essencial para concretização de uma sadia qualidade de vida, bem como ao Poder Público e a toda a coletividade é imposto o dever de preservar e defender o meio ambiente para que as presentes e futuras gerações possam desfrutá-lo.

Ademais, o Supremo Tribunal Federal tem apresentado a compreensão que a preocupação com a saúde e com a vida humana está diretamente ligada à preservação do meio ambiente, solidificando a concepção de meio ambiente sadio como o direito fundamental. Esta concepção restou plenamente demonstrada através em trecho do voto proferido pelo Ministro Celso de Mello no RE627.189 SP:

[...] a preocupação tanto com a intangibilidade da saúde e da vida humanas quanto com a preservação da incolumidade do meio ambiente não só representa dado relevante consagrado em declarações internacionais, mas também resulta da própria compreensão que o Supremo Tribunal Federal tem revelado em diversos julgamentos, nos quais esse tema vem sendo alçado à condição de direito eminente e fundamental [...] (BRASIL, 2016).

Conforme verificado, o reconhecimento do direito ao meio ambiente sadio como direito fundamental contribui para a manutenção da vida, já que sem a salvaguarda adequada do meio ambiente nenhuma vida poderá se desenvolver. Todavia, é necessário mais que mero reconhecimento de um direito para a concreta efetivação de um meio ambiente saudável, tanto na seara jurídica nacional como internacional.

Desde muito tempo, padrões de desenvolvimento não-sustentáveis têm contribuído para a degradação ambiental mundial, ocasionando diversos prejuízos ao homem, principalmente em face da qualidade de vida e da saúde humanas. As significativas modificações no meio ambiente natural e a destruição de diversos ecossistemas, acabaram por resultar em alterações nos padrões de doenças e nas condições de saúde dos diferentes grupos populacionais (RADICCHI, LEMOS, 2009 p. 28).

Apesar de não ocorrerem unicamente neste meio, o modo de vida urbano traz propensões a comportamentos que contribuem para esse tipo de enfermidade e outras doenças (WHO; UN-Habitat, 2016). A Organização das Nações Unidas para a

Alimentação e Agricultura – FAO (2010) tem chamado a atenção para a necessidade de uma transição para um sistema alimentar saudável e sustentável, que tenha baixo impacto ambiental e contribua para vida saudável para as presentes e futuras gerações.

Segundo o Relatório emitido pelo *EAT-Lancet Commission on Food, Planet, Health* (WILLETT *et al.*, 2019), “o sistema alimentar global deve operar dentro dos limites da saúde humana e da produção de alimentos para garantir dietas saudáveis a partir de sistemas alimentares sustentáveis para quase 10 bilhões de pessoas até 2050”.

A mudança de hábitos e comportamentos alimentares demanda a adoção urgente dietas sustentáveis que contribuam para a não degradação do meio ambiente e que venham a garantir a saúde e o bem-estar dos indivíduos, conforme será abordado no tópico a seguir.

2. ALIMENTAÇÃO, SAÚDE E MEIO AMBIENTE: EM BUSCA DE UMA ALIMENTAÇÃO SUSTENTÁVEL.

Os estilos de vida nas cidades têm contribuindo significativamente para o consumo de alimentos processados e de baixo valor nutritivo. Segundo dados da FAO (2020), nos países de média/baixa renda a situação se torna ainda mais preocupante, já que o consumo desses tipos de alimentos aumentou cerca de 5,45% ao ano entre 1998 e 2012. O aumento da urbanização, portanto, tem sido considerado como um dos fatores determinantes no predomínio de uma alimentação insalubre, rica em açúcares refinados, gorduras refinadas, óleos e carnes.

A alimentação é um dos setores que mais contribui para as emissões de gases de efeito estufa (FAO, 2020). Estudos recentes apontam que “A produção global de alimentos ameaça a estabilidade climática e a resiliência dos ecossistemas e constitui o maior impulsionador individual da degradação ambiental e da transgressão dos limites planetários” (WILLETT *et al.*, 2019).

Hoje, mais da metade da população mundial é urbana, e para 2050 há a previsão de que dois terços da população global habitem em zonas urbanas (FAO, 2020). Caso não haja uma transformação nos hábitos alimentares, esse tipo de tendência contribuirá para um aumento aproximado de 80% (oitenta por cento) nas emissões globais de gases de efeito estufa da produção de alimentos e para o desmatamento global até 2050 (TILMAN, CLARK, 2014).

Deve se considerar, ainda, os efeitos danosos causados por hábitos alimentares não saudáveis à saúde humana. A prevalência de dietas insalubres tem aumentando de forma alarmante a existência de diversas enfermidades, incluindo doenças crônicas não transmissíveis, que reduzem a expectativa de vida global. Fatalmente, esse tipo de alimentação representa “um risco maior para a morbidez e a mortalidade do que o uso inseguro de sexo, álcool, drogas e tabaco juntos” (WILLETT *et al.*, 2019).

É urgente e necessária a transformação do sistema alimentar global. A alimentação adequada e saudável é, inclusive, um direito humano e fundamental que deve ser resguardado, sendo sua concretização fundamental para a efetivação dos direitos à saúde e ao meio ambiente saudável.

2.1 Direito à alimentação adequada e saudável como direito humano.

Historicamente, as primeiras contribuições na formação de um direito à alimentação foram constatadas nos discursos *Four Freedoms* (1941) e *State of the Union* (1944) nos quais se defendia a liberdade de não passar necessidade (FERRAZ, 2013, p. 25).

Em 1948, após as atrocidades causadas pela Segunda Guerra Mundial, a Declaração Universal dos Direitos Humanos faz a primeira referência expressa ao direito à alimentação em seu artigo 25⁴ (FAO, 2014). Em que pese o avanço no reconhecimento da alimentação como direito humano, ainda era necessário aprofundar seu alcance, a fim de assegurar uma alimentação de qualidade e quantidade adequadas, que proporcionasse saúde e bem-estar a todos e não somente a prerrogativa de não passar fome.

Posteriormente, em dezembro de 1996, o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC), em seu artigo 11, traz uma concepção mais ampla do direito à alimentação, fortalecendo o entendimento quanto à necessidade de que toda pessoa tenha um nível de vida adequado, nele incluído a alimentação. Ressalta, ainda, a necessidade quanto à melhora dos métodos de produção, conservação e distribuição de gêneros alimentícios de modo que permitam a exploração e utilização mais eficazes dos recursos naturais, juntamente com a repartição equitativa dos recursos alimentícios.⁵⁶

O PIDESC consagrou, através do conteúdo de seu artigo 11, as duas vertentes do direito à alimentação, quais sejam: I- o direito a uma alimentação adequada; e II- o direito fundamental de estar ao abrigo da fome (GOLEY, 2009, p. 11). Esta segunda vertente, encontra-se em estreita conexão com o direito à vida, sendo caracterizada como uma norma absoluta, em que se estabelece o patamar mínimo a ser garantido a todos indistintamente. Já a primeira vertente, aborda a necessidade quanto à formação de um ambiente econômico, político e social que possibilite às pessoas alcançarem a segurança alimentar pelos seus próprios meios (REY, FEBRER, p. 04, 2014).

⁴ Artigo 25

1. Todo ser humano tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e à sua família saúde, bem-estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis e direito à segurança em caso de desemprego, doença invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência em circunstâncias fora de seu controle.

⁵ Artigo 11

§1. Os Estados-partes no presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa a um nível de vida adequado para si próprio e para sua família, inclusive à alimentação, vestimenta e moradia adequadas, assim como uma melhoria contínua de suas condições de vida. Os Estados-partes tomarão medida apropriadas para assegurar a consecução desse direito, reconhecendo, nesse sentido, a importância essencial da cooperação internacional fundada no livre consentimento.

§2. Os Estados-partes no presente Pacto, reconhecendo o direito fundamental de toda pessoa de estar protegida contra a fome, adotarão, individualmente e mediante cooperação internacional, as medidas, inclusive programas concretos, que se façam necessários para:

1. Melhorar os métodos de produção, conservação e distribuição de gêneros alimentícios pela plena utilização dos conhecimentos técnicos e científicos, pela difusão de princípios de educação nutricional e pelo aperfeiçoamento ou reforma dos regimes agrários, de maneira que se assegurem a exploração e a utilização mais eficazes dos recursos naturais.

2. Assegurar uma repartição equitativa dos recursos alimentícios mundiais em relação às necessidades, levando-se em conta os problemas tanto dos países importadores quanto dos exportadores de gêneros alimentícios.

⁶ Vale lembrar que PIDESC somente foi ratificado pelo Brasil em 24 de janeiro de 1992.

Futuramente, no ano de 1999, o conteúdo do referido artigo seria interpretado pelo Comentário Geral nº 12, editado pelo Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, onde seria firmado o entendimento de que o direito à alimentação somente se efetiva “quando cada homem, cada mulher e cada criança, só ou em comunidade com outros, tem física e economicamente acesso a qualquer momento a uma alimentação suficiente ou aos meios para obtê-la” (NAÇÕES UNIDAS, 1999).

Ainda conforme entendimento do Comitê, o conteúdo essencial do direito à alimentação adequada é composto pela: I- disponibilidade do alimento, em quantidade e qualidade suficiente para satisfazer as necessidades dietéticas das pessoas, livre de substâncias adversas e aceitável para uma dada cultura; II- e pela acessibilidade ao alimento de forma sustentável e que não interfira com a fruição de outros direitos humanos (NAÇÕES UNIDAS, 1999).

Denota-se, portanto, que o direito humano à alimentação adequada além de estar ligado a aspectos econômicos e culturais, está diretamente relacionado a questões voltadas ao meio ambiente e à saúde. Inclusive, o conceito de saúde expresso no preâmbulo da Constituição da Organização Mundial da Saúde prevê mais que a ausência de doenças ou enfermidades e caracteriza a saúde como um estado de completo bem-estar físico, mental e social (WHO, 1946). Assim, além de adequada, a alimentação deverá ser saudável, importando no direito humano à alimentação adequada e saudável.

No âmbito do direito constitucional interno, o direito à alimentação é mencionado em diversos artigos (arts. 200, VI; 208, VII e 227), porém, somente foi caracterizado de modo expresso como direito social após a promulgação da EC nº 64/2010, que inseriu o direito à alimentação no rol de direitos do artigo 6º da CF/88. No campo infraconstitucional, a Lei nº 11.346/2006 (Lei de Segurança Alimentar e Nutricional) referiu-se explicitamente, em seu artigo 2º, ser a alimentação adequada um direito fundamental do ser humano.⁷

Por conseguinte, levando em consideração os direitos à saúde e à alimentação adequada e saudável, o Ministério da Saúde brasileiro editou o Guia Alimentar para a População Brasileira a fim de contribuir para o desenvolvimento de estratégias para a promoção e realização do direito humano à alimentação adequada. O guia é um documento oficial que aborda os elementos da evolução da alimentação e da saúde no Brasil, bem como reforça a interdependência entre alimentação adequada e saudável e a sustentabilidade do sistema alimentar:

A alimentação adequada e saudável é um direito humano básico que envolve a garantia ao acesso permanente e regular, de forma socialmente justa, a uma prática alimentar adequada aos aspectos biológicos e sociais do indivíduo e que deve estar em acordo com as necessidades alimentares especiais; ser

⁷ Art. 2º A alimentação adequada é direito fundamental do ser humano, inerente à dignidade da pessoa humana e indispensável à realização dos direitos consagrados na Constituição Federal, devendo o poder público adotar as políticas e ações que se façam necessárias para promover e garantir a segurança alimentar e nutricional da população.

§1º A adoção dessas políticas e ações deverá levar em conta as dimensões ambientais, culturais, econômicas, regionais e sociais.

§2º É dever do poder público respeitar, proteger, promover, prover, informar, monitorar, fiscalizar e avaliar a realização do direito humano à alimentação adequada, bem como garantir os mecanismos para sua exigibilidade.

referenciada pela cultura alimentar e pelas dimensões de gênero, raça e etnia; acessível do ponto de vista físico e financeiro; harmônica em quantidade e qualidade, atendendo aos princípios da variedade, equilíbrio, moderação e prazer; e baseada em práticas produtivas adequadas e sustentáveis (BRASIL, 2014, p. 8).

Dentre os fundamentos que orientaram a sua elaboração, está a ideia de que a alimentação adequada e saudável advém de um sistema alimentar socialmente e ambientalmente sustentável, devendo as “recomendações sobre alimentação levar em conta o impacto das formas de produção e distribuição dos alimentos em face da justiça social e da integridade no ambiente” (BRASIL, p. 18, 2014). Porém, o cenário alimentar instaurado no Brasil e no mundo não tem propiciado dietas saudáveis e sustentáveis, sendo esta uma problemática preocupante para as presentes e futuras gerações.

2.2 O A problemática do consumo de alimentos ultraprocessados: agravos à saúde humana e ao meio ambiente.

Nas últimas décadas, o crescente aumento de sobrepeso, obesidade, diabetes e outras doenças crônicas não transmissíveis têm ameaçado a saúde e o bem-estar global. Autoridades internacionais têm reconhecido que altos níveis de consumo de alimentos ultraprocessados estão associados ao ganho de peso e à incidência de doenças crônicas não transmissíveis (OPAS, 2019; WHO, 2003).

Diversos estudos que analisam os impactos de diferentes tipos de alimentos na qualidade das dietas e saúde humanas, afirmam que os alimentos ultraprocessados têm sido considerados produtos obesogênicos e prejudiciais à saúde (OPAS, 2019). O consumo desse tipo de alimento tem dominando o abastecimento dos países de uma forma geral (MONTEIRO *et al.*, 2013), além de impactar negativamente no meio ambiente, especialmente através do aumento das emissões de gases de efeito estufa (WOLK, 2017).

Os alimentos podem ser classificados em quatro categorias, definidas de acordo com o tipo de processamento utilizado em sua produção.

A primeira categoria (grupo 1) envolve os alimentos *in natura* ou minimamente processados, os quais são obtidos diretamente de plantas ou de animais (como folhas e frutos ou ovos e leite) e levados para consumo sem que tenham sofrido qualquer tipo de alteração após extraídos da natureza. A higienização, remoção de partes não comestíveis, secagem, embalagem, pasteurização, resfriamento, congelamento, moagem e fermentação exemplificam alguns processos mínimos que convertem os alimentos *in natura* em minimamente processados, desde que não ocorra a agregação de sal, açúcar, óleos, gorduras ou outras substâncias ao alimento original (OPAS 2019; BRASIL 2014).⁸ A segunda categoria (grupo 2), diz respeito aos produtos advindos de

⁸ Segundo o Guia Alimentar para a População Brasileira (BRASIL, 2014), são exemplos de alimentos *in natura* ou minimamente processados: legumes, verduras, frutas, batata, mandioca e outras raízes e tubérculos *in natura* ou embalados, fracionados, refrigerados ou congelados; arroz branco, integral ou parboilizado, a granel ou embalado; milho em grão ou na espiga, grãos de trigo e de outros cereais; feijão de todas as cores, lentilhas, grão de bico e outras leguminosas; cogumelos frescos ou secos; frutas secas, sucos de frutas e sucos de frutas pasteurizados e sem adição de açúcar ou outras substâncias; castanhas, nozes, amendoim e outras oleaginosas sem sal ou açúcar; cravo, canela, especiarias em geral e ervas frescas ou secas; farinhas de mandioca, de milho ou de trigo e macarrão ou massas frescas ou secas feitas com essas farinhas e água; carnes de gado, de porco e

alimentos *in natura* ou diretamente da natureza e utilizados no preparo dos alimentos, como por exemplo, óleos, gorduras, açúcar e sal (OPAS 2019; BRASIL 2014). Os alimentos processados representam a terceira categoria (grupo 3), sendo caracterizada por produtos fabricados industrialmente com a adição de sal, açúcar ou outra substância de uso culinário a alimentos *in natura*, objetivando aumentar sua durabilidade e torná-los mais saborosos. Em que pese sua característica industrial, são produtos que derivam diretamente de alimentos originais, sendo considerados como versões desses alimentos e geralmente consumidos como parte ou acompanhamento dos pratos (OPAS 2019; BRASIL 2014).⁹ Por último, na quarta categoria (grupo 4), estão classificados os alimentos ultraprocessados, que são conceituados pela Organização Panamericana de Saúde (2019, p. 49) como:

[...] formulações industriais que geralmente são compostas por cinco ou mais ingredientes. Além do sal, açúcar, óleos e gorduras, entre os ingredientes dos

alimentos ultraprocessados estão incluídas substâncias que geralmente não são usados em preparações culinárias, como proteína hidrolisada, amidos modificados e óleos hidrogenados ou interesterificados, e os aditivos usados para imitar as qualidades sensoriais dos alimentos sem processo ou minimamente processado e suas preparações culinárias ou para esconder qualidades indesejáveis do produto final [...]. Alimentos *in natura* ou minimamente processados representam uma pequena proporção da lista de ingredientes de produtos ultraprocessados, ou nem mesmo fazem parte desta lista. Na produção de produtos ultraprocessados vários processos industriais são usados sem equivalentes domésticos, como a extrusão, a moldagem e o pré-processamento por fritura. (tradução nossa)

Dentre os alimentos ultraprocessados estão incluídos os biscoitos recheados, *snacks*, refrigerantes, macarrão instantâneo, salsichas, hambúrgueres, barras de cereal, bebidas lácteas adoçadas e aromatizados, bebidas energéticas, produtos congelados e prontos para aquecimento etc.¹⁰ A fabricação desses produtos geralmente é realizada por indústrias de grande porte, sendo utilizadas várias técnicas de processamento, ingredientes e substâncias de uso industrial exclusivo. Alimentos como estes apresentam uma composição nutricional desbalanceada, com alto teor de sódio e açúcares, sendo ricos em gorduras que resistem à oxidação e tendem a obstruir as artérias do corpo. Os alimentos ultraprocessados tendem, ainda, a ser pobres em fibras, que são indispensáveis na prevenção de doenças cardiovasculares, diabetes e vários tipos de câncer (BRASIL, 2014).

De modo oposto aos alimentos processados, o principal objetivo do ultraprocessamento industrial é criar produtos prontos para consumo, que possam substituir refeições principais, feitos com alimentos *in natura* ou minimamente processados (OPAS, 2019). A conveniência e a rapidez agregadas a esses produtos

de aves e pescados frescos, resfriados ou congelados; leite pasteurizado, ultrapasteurizado ('longa vida') ou em pó, iogurte (sem adição de açúcar); ovos; chá, café, e água potável.

⁹ Exemplos de alimentos processados são: cenoura, pepino, ervilhas, palmito, cebola, couve-flor preservados em salmoura ou em solução de sal e vinagre; extrato ou concentrados de tomate (com sal e ou açúcar); frutas em calda e frutas cristalizadas; carne seca e toucinho; sardinha e atum enlatados; queijos; e pães feitos de farinha de trigo, leveduras, água e sal (BRASIL, 2014).

¹⁰ Pães e produtos panificados caracterizam-se como alimentos ultraprocessados quando inclui em seus elementos substâncias como gordura vegetal hidrogenada, açúcar, amido, soro de leite, emulsificantes e outros aditivos, além da farinha de trigo, leveduras, água e sal (BRASIL, 2014).

favorecem padrões de consumo notadamente prejudiciais aos mecanismos que regulam o equilíbrio energético, levando ao excesso de alimentação e à obesidade. Frequentemente, apresentam propriedades que levam ao consumo desregulado, geralmente apresentam hipersabor e são vendidos em embalagens excessivamente grandes (levando a um maior consumo de calorias); são duráveis e fáceis de transportar, podendo ser consumidos a qualquer hora e em quase todos os lugares; e são frequentemente comercializados de forma persuasiva (CANELLA, LEVY, MARTINS et al., 2014), podendo vir a prejudicar os mecanismos que sinalizam a saciedade e que controlam o apetite aumentando o consumo involuntário de calorias e o risco de obesidade.

Diversos comportamentos do consumidor (como comer enquanto assiste televisão e substituir refeições por lanches, por exemplo) são provocados e amplificados através da propaganda e marketing agressivos, demandados por fabricantes e fornecedores transnacionais e outros grandes fabricantes de alimentos (MONTEIRO *et al.*, 2011).

Além dos danos específicos à saúde, o consumo de alimentos processados acarreta impactos negativos à cultura e à vida social dos indivíduos. Através de práticas publicitárias globais e agressivas, as culturas alimentares tradicionais passam muitas vezes a serem vistas como desinteressantes ou ultrapassadas. Ademais, a praticidade do consumo desse tipo de produto desestimula a interação social ocorrida no compartilhamento de refeições em família ou entre amigos, ocasionando a perda da diversidade culinária e o declínio das interações sociais, entre outros efeitos adversos (BRASIL, 2014).

Também devem ser destacados os efeitos danosos ao meio ambiente, como os decorrentes do acúmulo de embalagens e resíduos descartados irresponsavelmente.

Frise-se que a produção de alimentos é o maior responsável pela mudança do uso da terra, principalmente através do desmatamento de florestas e da queima de biomassa. No período de 2000 a 2014, o Brasil perdeu cerca de 2,7 milhões de hectares ao ano de floresta. (WILLETT et al., 2019). A mudança no sistema de uso da terra é um dos principais fatores que contribuem para a perda de biodiversidade e para o aumento das emissões de gases de efeito estufa. A busca por açúcar, óleos vegetais e outras matérias primas úteis à manufatura de alimentos ultraprocessados “estimula monoculturas dependentes de agrotóxicos e uso intenso de fertilizantes químicos e de água, em detrimento da diversificação da agricultura” (BRASIL, 2014, p. 46).

Os processos desenvolvidos para a fabricação, distribuição e comercialização de alimentos ultraprocessados abrangem extensos percursos de transporte, ocasionando grande demanda de energia e emissão de poluentes. Somados a este fato, está a alta quantidade de água consumida para sua produção. “A consequência comum é a degradação e a poluição do ambiente, a redução da biodiversidade e o comprometimento de reservas de água, de energia e de muitos outros recursos naturais” (BRASIL, 2014, p. 46).

Segundo o Guia Alimentar para a População Brasileira (BRASIL, 2014), a base da alimentação saudável consiste na extensa variedade de alimentos in natura ou minimamente processados, predominantemente de origem vegetal, e nas preparações

culinárias feitas com esses alimentos. Alimentos processados podem ser consumidos, desde que em pequenas quantidades, mas sempre acompanhados de refeições à base de alimentos *in natura* ou minimamente processados. A ingestão de alimentos ultraprocessados não é recomendada e deve ser evitada.

Segundo o relatório da OPAS (2015), as vendas per capita de produtos ultraprocessados têm aumentado na América Latina. Entre 2000 e 2013, o consumo desses itens tiveram uma alta de 26,7% na Argentina, Bolívia, Brasil, Chile, Colômbia, Costa Rica, República Dominicana, Equador, Guatemala, México, Peru, Uruguai e Venezuela. Já entre o curto período de 2009 e 2014, as vendas desse tipo alimento cresceram 8,9%, enquanto as de bebidas ultraprocessadas aumentaram 6,7%, na Argentina, Brasil, Chile, Colômbia, México, Peru e Venezuela (OPAS, 2019).

Conforme demonstrado, é urgente e necessária as mudanças dos sistemas alimentares atuais, principalmente no que se refere ao consumo de alimentos ultraprocessados. A transformação para dietas saudáveis até 2050 exigirá redução superior a 50% no consumo global de alimentos não saudáveis e um aumento superior a 100% no consumo de alimentos como nozes, frutas, vegetais e legumes. Mudanças no sistema alimentar atual para dietas saudáveis poderão beneficiar substancialmente a saúde humana, evitando cerca de 10,8–11,6 milhões de mortes por ano, uma redução de 19,0–23,6% (WILLETT et al., 2019).

Dietas saudáveis e sustentáveis oferecem benefícios substanciais à saúde e ao meio ambiente, devendo ser amplamente adotadas (considerando-se as particularidades de cada região), a fim garantir o bem-estar das presentes e futuras gerações.

3. O USO DA ECONOMIA COMPORTAMENTAL PARA UMA ALIMENTAÇÃO SAUDÁVEL E SUSTENTÁVEL.

A economia tradicional se fundamenta na ideia de que as pessoas levam em consideração todos os custos e benefícios na busca de seu interesse próprio para, assim, tomar suas decisões de forma consciente e racional, ignorando as influências psicológicas e sociais no comportamento.

Contudo, desde os séculos XVIII e XIX, estudiosos já demonstravam interesses nos aspectos psicológicos da vida econômica. Vale recordar o conceito de “racionalidade limitada”, proposto por Herbert Simon na década de 50, para quem nem todas as decisões humanas são ótimas, haja vista a existência de restrições ao processamento das informações pelos indivíduos (SIMON, 1957; SIMON, 1982). Parte considerável de seus estudos fundamenta-se na ideia de que os seres humanos apenas conseguem assimilar “um determinado volume de informação ao mesmo tempo e não são capazes de ponderar cuidadosamente os custos e os benefícios de todos os possíveis resultados de suas decisões” (WORLD BANK, 2015, p. 05).

Mas, certamente, a perda de força da concepção de racionalidade absoluta se deu de forma mais intensa após os anos de 1970, através de uma série de estudos desenvolvidos por Amos Tversky e Daniel Kahneman no âmbito da Economia Comportamental, os quais afirmavam que motivações racionais e as emocionais influenciavam diretamente no processo de escolhas econômicas (TVERSKY;

KAHNEMAN, 1974). A ideia de agente plenamente racional - o *homo economicus* - defendido pela economia tradicional não mais se sustenta.

Os seres humanos são naturalmente maleáveis e emotivos, sendo suas decisões influenciadas por diversos contextos, normas sociais locais e modelos mentais compartilhados. Tudo isso exerce influência sobre a percepção do que é desejável e possível (WORLD BANK, 2015).

Sobre a tomada de decisão humana, pode-se destacar três princípios que proporcionam orientação para adoção de novas abordagens na compreensão comportamental: I- pensar automaticamente (as pessoas fazem boa parte de seus juízos e escolhas de forma automática e não deliberadamente); II - pensar socialmente (o modo de pensar e agir dos indivíduos muitas vezes depende do que as outras pessoas a seu redor fazem e pensam); III- pensar com modelos mentais (os seres humanos em sociedade partilham de uma perspectiva comum sobre o sentido do mundo que os rodeia e relativo às suas compreensões individuais) (WORLD BANK, 2015, p. 03).

Em diversas ocasiões indivíduos decidem de forma rápida e intuitiva, baseando suas decisões em heurísticas, ou seja, através de atalhos mentais que dão origem a variados vieses cognitivos (erros sistemáticos e previsíveis). Inclusive, quando o ser humano faz escolhas alimentares também sofre interferências psicológicas que influenciam na tomada de decisão. Mais do que o conhecimento quanto aos benefícios de uma alimentação saudável e sustentável, elementos como aspecto do alimento, paladar, facilidade em preparar, publicidade etc. influenciam diretamente as escolhas alimentares (GLANZ et al., 1998).

A alimentação caracteriza-se como um ato social, culturalmente constituído e não apenas envolve questões biológicas ou nutricionais, mas também psicossociais. Cada ser humano apresenta uma relação única com os alimentos a serem consumidos (MONTEIRO, 2009). Constituir hábitos alimentares saudáveis e sustentáveis vai além da possibilidade econômica, da análise de custo-benefício ou de uma informação nutricional adequada. Nesse aspecto, a Economia Comportamental apresenta um papel relevante ao questionar o pressuposto da racionalidade dos agentes econômicos.

3.1 Entendendo e incentivando o comportamento alimentar dos indivíduos através da Economia Comportamental.

No que diz respeito às questões de saúde e sustentabilidade, governos têm implementado políticas alimentares e ambientais voltadas aos diferentes atores da cadeia alimentar, principalmente através de algumas ferramentas, que podem ser subdivididas em três categorias principais: I- comando e controle; II- instrumentos econômicos; e III- ferramentas de informação e educação. A primeira categoria, inclui, por exemplo, as licenças ambientais. Já a segunda, abrange impostos, subsídios e incentivos fiscais; o terceiro grupo é formado por intervenções informativas como a rotulagem de produtos e campanhas de conscientização pública (FERRARI; CAVALIERE; DE MARCHI; BANTERLE, 2019).

Todavia, os instrumentos tradicionalmente utilizados pelos governos muitas vezes não têm sido suficientes para promover, de forma eficaz, hábitos alimentares mais saudáveis e sustentáveis. A quantidade e a procura por determinados alimentos

é ocasionada por diversos aspectos que não se limitam somente a análise de preços ou à disponibilidade da renda, embora se reconheça que ambos os fatores exerçam fortes influências nas escolhas dos indivíduos.

O comportamento alimentar é composto por aspectos fisiológicos e psicossociais que influenciam as escolhas alimentares dos indivíduos e formam o modelo alimentar. Um modelo alimentar é uma parte do espaço social em que estão localizados hábitos de consumo onde “facilidades industriais na produção e distribuição de alimentos promovem uma gama de ofertas à escolha do consumidor, moldando seu hábito de consumo a partir de escolhas anteriores” (VEIGA NETO; MELO, 2013).

Assim, as escolhas de consumir alimentos menos nutritivos são muitas vezes influenciadas pela sua apresentação chamativa e acessível, pela presença de elementos como stress e ansiedade, inclusive pelo fato de a decisão ser tomada juntamente com outras ações que prejudicariam a atenção e a capacidade de pensamento racional do indivíduo (JUST; MANCINO; WANSINK, 2007). A ideia de que os comportamentos alimentares são simplesmente uma questão de escolha consciente é nitidamente equivocada (MONTEIRO *et al.*, 2011).

A escolha dos alimentos geralmente ocorre de forma habitual e sem esforço consciente. Além disso, há uma dificuldade inerente ao ser humano em relação as mudanças de hábitos, os quais são diretamente influenciados por elementos do ambiente e muitas vezes processados fora da percepção consciente. Desta forma, alterar o ambiente no qual as escolhas alimentares acontecem pode ser uma abordagem eficaz para efetivar as mudanças de comportamento desejadas (WILSON; BUCKLEY; BUCKLEY; BOGOMOLOVA, 2016).

Para efetuar tais mudanças, o caminho mais eficiente pode ser um *nudge*. A sua utilização pode alterar um ambiente e, de forma consciente ou inconsciente, vir a influenciar indivíduos sem fazer proibições ou oferecer incentivo financeiro significativo (WILSON; BUCKLEY; BUCKLEY; BOGOMOLOVA, 2016). Colocar frutas em locais mais visíveis no supermercado é um exemplo de *nudge*, porém, proibir a venda ou consumo de *junk food* não pode assim ser considerado (THALER; SUNSTEIN, 2019, p. 14).

Mudar o comportamento dos indivíduos com foco em suas limitações cognitivas é uma das características das ferramentas de *nudging*. A essência do *nudge* está no reconhecimento de que, por diversas vezes, indivíduos incorrem em variados vieses cognitivos e isso ocorre exatamente porque as pessoas tendem a utilizar heurísticas para simplificar o processo da tomada de decisão (THALER; SUNSTEIN, 2019). Apesar dos consumidores apresentarem muitas vezes escolhas definidas e bem ordenadas, também podem apresentar preferências conflitantes. Assim, mesmo que os indivíduos estejam preocupados com a saúde, não raro enfrentarão o conflito entre uma escolha alimentar saudável (que resulta em benefícios a longo prazo) e o prazer momentâneo de uma escolha mais saborosa e menos saudável (YANG *et al.*, 2012).

Nesse contexto, considerando a racionalidade limitada dos indivíduos, as políticas baseadas em estímulos podem superar as expectativas quanto à efetivação de mudanças no comportamento humano através de pequenas alterações na arquitetura

de escolha (FERRARI; CAVALIERE; DE MARCHI; BANTERLE, 2019), seja no âmbito público ou privado.

Intervenções baseadas em *nudging* estão ganhando cada vez mais espaço no mercado internacional e no debate político, tendo sido nos últimos anos amplamente utilizadas no contexto alimentar e ambiental, especialmente para promover padrões de consumo de alimentos mais saudáveis (FERRARI; CAVALIERE; DE MARCHI; BANTERLE, 2019). Diversas evidências empíricas demonstram que os *nudges* podem direcionar e influenciar indivíduos a efetivar escolhas alimentares mais saudáveis e sustentáveis.

Geralmente, a visibilidade, a conveniência, a atratividade e a sensação de que o alimento escolhido se encaixa na norma social¹¹, tendem a estimular as pessoas a consumi-los. O conceito de conveniência e acessibilidade está ligado a quantidade de tempo e esforços mentais e físicos necessários para a tomada de decisão. Já a acessibilidade física se caracteriza pela proximidade ou facilidade de alcance sobre algo. Por conseguinte, a depender do alcance físico do produto, aumenta-se a preferência do consumidor para essas opções (WILSON; BUCKLEY; BUCKLEY; BOGOMOLOVA, 2016).

Ademais, seres humanos voltam suas atenções para opções visualmente mais salientes aumentando as chances desses produtos serem selecionados (WANSINK, 2015; MORMANN; NAVALPAKKAM; KOCH; RANGEL, 2012). Intervenções que chamam mais atenção podem fornecer informações significativas e relevantes para influenciar o comportamento das pessoas.

Nos Estados Unidos, pesquisadores usaram princípios de arquitetura de escolha para realizar modificações em refeitórios escolares a fim de que estudantes viessem a realizar opções mais saudáveis, deixando o ambiente mais conveniente e atraente para essas escolhas. O resultado da pesquisa foi o considerável aumento do consumo de frutas e vegetais nas escolas estudadas (HANKS; JUST; WANSINK, 2013).

Objetivando verificar o fator visibilidade, um estudo alterou a ordem de apresentação de alimentos para o café da manhã de participantes de uma conferência de saúde, a fim de entender se a disposição desses alimentos influenciaria na escolha de opções mais saudáveis. Os alimentos foram dispostos em estilo buffet, sendo posicionados em duas mesas separadas compostas por sete itens: ovos com queijo, batatas, bacon, rolos de canela, granola, iogurte desnatado e frutas. Em uma mesa, alimentos mais saudáveis foram colocados no início, na outra, os alimentos menos saudáveis foram alocados ao final. Em ambas as mesas, os itens mais visíveis representaram 66% do consumo de todos os alimentos selecionados e quando os alimentos mais saudáveis foram colocados logo no início, os dois itens mais saudáveis foram selecionados por quase 29% a mais dos participantes e os três itens menos saudáveis foram selecionados 41% a menos (WANSINK; HANKS, 2013).

Em outro estudo realizado em uma rede internacional de sanduíches, participantes receberam na hora do almoço três menus diferentes e em seguida foram

¹¹ Normas sociais são regras de comportamento e crenças (implícitas ou explícitas), aceitas por membros de uma sociedade, que conduzem ou reprimem o comportamento social sem o uso de imposições legais (MONTEIRO, 2009).

calculadas as calorias com base em suas escolhas de compra, variando a distribuição de menus mais saudáveis e menos saudáveis. Ao final da pesquisa, concluiu-se que o uso do cardápio padrão com enfoque para opções de baixo teor calórico resultou em menor consumo de calorias por refeição. Assim, aqueles que receberam o menu padrão saudável tiveram 48% mais probabilidade de escolher um sanduíche de baixa caloria do que aqueles com o menu misto. Aqueles com o menu de alto teor calórico foram 47% menos propensos a escolher um sanduíche de baixa caloria. (WISDOM; DOWNS; LOEWENSTEIN, 2005).

Intervenções comportamentais ainda podem ser feitas de modo mais simples, como através de intervenções verbais ou escritas. Um experimento promoveu a análise de comportamentos sustentáveis na compra de alimentos em um supermercado. Através de intervenções verbais e escritas o comportamento de consumo dos indivíduos foi avaliado. Os resultados destacaram que ambos os *nudges* (verbais e escritos) incentivaram os clientes a comprarem produtos mais ecológicos, sendo as intervenções verbais mais eficazes (KRISTENSSON *et al.*, 2017).

Outros três estudos combinaram algumas intervenções (saliência, visibilidade, acessibilidade e disponibilidade dos produtos) através de rótulos de semáforos em alimentos com o indicativo de cores. As análises foram realizadas em refeitórios de hospitais e dentre seus consumidores estavam funcionários e visitantes. Todos as pesquisas proporcionaram resultados positivos. O consumo de alimentos e bebidas mais saudáveis tivera um aumento entre 3% e 12% e as vendas de alimentos e bebidas menos saudáveis foram reduzidas entre 2% e 39% (WILSON; BUCKLEY; BUCKLEY; BOGOMOLOVA, 2016).

Apesar de diversas evidências demonstrarem a eficácia dos *nudges*, há aspectos relacionados à temática que ainda precisam ser debatidos e explorados pela doutrina, haja vista que ainda não é pacífico se são capazes de provocar mudanças comportamentais robustas e duráveis (SCHUBERT, 2017). Outro aspecto que tem gerado debates acirrados em torno desta ferramenta, é o caráter manipulativo da intervenção sob o comportamento humano. Em que pese haja um consenso que a utilização de *nudges* deve ser realizada de modo transparente, não há entendimento pacificado quanto aos limites dessas intervenções (FERRARI; CAVALIERE; DE MARCHI; BANTERLE, 2019).

Devido à eficácia variada na literatura, ainda há a necessidade de mais estudos sobre sua utilização (WILSON; BUCKLEY; BUCKLEY; BOGOMOLOVA, 2016). É recomendável, portanto, que sejam realizadas parcerias entre instituições (públicas ou privadas) e pesquisadores, a fim de garantir que as intervenções sejam medidas de maneira ética, transparente e rigorosa, medindo-se a real qualidade da eficácia do *nudging*.

3.2 Incentivos para uma alimentação saudável e sustentável: propostas de nudges para redução do consumo de alimentos ultraprocessados no Brasil.

Instrumentos das ciências comportamentais e da economia comportamental têm auxiliado cada vez mais os formuladores de políticas públicas em diferentes países e setores a integrar princípios comportamentais na formulação e implementação de

políticas públicas (ÁVILA, 2015; WORLD BANK, 2015). A extensão dos efeitos dessas intervenções e seus resultados, analisados em diferentes contextos, podem variar significativamente. Conclusões de um estudo não podem ser generalizadas de forma indiscriminada, em razão da complexidade do comportamento humano e dos diversos fatores que exercem interferências sobre ele. (LEHNER *et al.*, 2016).

Apesar das problemáticas inerentes aos *nudges*, intervenções comportamentais são uma estratégia útil para induzir alterações dos comportamentos em diversos contextos, devendo ser entendidas, portanto, como um complemento aos instrumentos de política tradicionais e não como um substituto às leis, aos regulamentos e às ferramentas econômicas (LEHNER *et al.*, 2016). Corroborando este entendimento, Thaler e Sustein (2019, p. 17) afirmam que “Ao implantar adequadamente tanto os incentivos quanto os *nudges*, aumentamos nossa capacidade de melhorar a vida das pessoas e ajudamos a resolver muitos dos problemas da sociedade. E tudo isso sem impedir a liberdade de escolha de cada indivíduo”.

No cenário nacional, problema que tem se perpetuado perante a sociedade brasileira e contribuído para danos à saúde e ao meio ambiente, é o crescente consumo de alimentos ultraprocessados. Segundo a Pesquisa de Orçamentos Familiares (POF) 2017/2018, realizada pelo IBGE (2020), o consumo pela população brasileira de alimentos *in natura* ou minimamente processados reduziu nos últimos 15 anos, havendo um aumento considerável no consumo de alimentos processados, em especial, dos ultraprocessados.

Da análise das Pesquisas de Orçamentos Familiares realizadas anteriormente, pode-se perceber uma evolução no consumo de alimentos ultraprocessados no Brasil. Entre o período de 2002 a 2018, constatou-se um aumento de quase 6% no índice de consumo desses alimentos, estando atualmente no patamar de 18,4% (IBGE, 2020).

A pesquisa realizada também demonstra que famílias de alta renda adquiriram mais alimentos processados em comparação com famílias de menor renda (11,1% contra 8,4%), bem como consumiram quase o dobro de alimentos ultraprocessados (24,7%) em comparação àquelas (12,5%). Em contrapartida, famílias com menor poder aquisitivo consumiram mais alimentos *in natura* ou minimamente processados em comparação com famílias de renda mais elevada (55,6% contra 44,2%) (IBGE, 2020).

Na área rural das cidades, o consumo de alimentos *in natura* ou minimamente processados foi de 57,9% e no perímetro urbano foi de 47,7%. Já o consumo de alimentos processados e ultraprocessados no meio urbano foi de 11,3% e 19,8%, respectivamente. No meio rural, a incidência desses alimentos foi de 5,5% (processados) e 10,7% (ultraprocessados) (IBGE, 2020).

Dentre as cinco regiões do país, o total calórico da disponibilidade alimentar de produtos ultraprocessados foi maior no Sul (22%) e no Sudeste (21,4%). Nas regiões Norte e Nordeste os índices foram menores, sendo constatado percentual de 11,4% e 14,4% respectivamente. Já os alimentos *in natura* ou minimamente processados, tiveram índices maiores relativos ao total calórico da disponibilidade alimentar no

Norte (58,2%) e no Nordeste (54,5%), seguidos do Centro-Oeste (50,7%), do Sudeste (44,9%) e do Sul (47,3%) (IBGE, 2020).¹²

Conforme se infere dos dados analisados, constata-se que o estilo de vida urbano contribui efetivamente para o consumo de alimentos ultraprocessados no Brasil. Regiões mais desenvolvidas como Sul, Sudeste e Centro-Oeste, apresentam um maior consumo desses produtos em comparação com as regiões Norte e Nordeste. O ritmo de vida acelerado, a falta de tempo dos indivíduos, a facilidade de compra, o modo de disposição desses alimentos e o marketing, aliados a fatores econômicos, emocionais e psicológicos contribuem para o elevado consumo desse tipo de produto.

O Guia Alimentar para a População Brasileira (BRASIL, 2014) indica ainda alguns obstáculos para a concretização de uma alimentação saudável e sustentável no Brasil, dos quais estão listados: I - escassez de informações confiáveis II - facilidade de acesso a alimentos ultraprocessados; III – o alto custo de uma alimentação baseada em alimentos *in natura* ou minimamente processados no Brasil; IV - enfraquecimento da transmissão de habilidades culinárias entre gerações; V - falta de tempo para dedicar-se à preparação de refeições; VI - marketing agressivo dos alimentos ultraprocessados.

Objetivando estimular a redução do consumo de alimentos ultraprocessados, bem como a concretização de dietas saudáveis e sustentáveis através da facilidade, acessibilidade, saliência e simplificação de orientações confiáveis trazidas pelo Guia Alimentar para a População Brasileira, propõe-se que o Poder Público e os particulares adotem *nudges*.

Aos Poderes Públicos, sugere-se:

1. A exposição de exemplares resumidos do Guia Alimentar para a População Brasileira em locais públicos de grande circulação (como praças e instituições públicas), bem como em espaços próximos aos grandes supermercados e às redes de *fast food*;
2. O envio de mensagens por SMS à população informando os 10 passos para alimentação adequada e saudável indicados pelo referido guia;
3. O envio de mensagens por SMS à população destacando os benefícios da agricultura urbana;
4. A indicação, através de placas indicativas e chamativas, sobre a localização de hortas comunitárias nos bairros;

Às instituições e aos estabelecimentos privados propõe-se:

1. A indicação de alimentos através de cores de semáforo. Para alimentos *in natura* ou minimamente processado (cor verde); ingredientes culinários e alimentos processados (cor amarela); alimentos ultraprocessados (cor vermelha);
2. A alocação de alimentos mais saudáveis e de produção sustentável nos estabelecimentos de forma mais visível e acessível ao consumidor;
3. A estipulação de pontuações maiores para aquisição de alimentos *in natura* ou minimamente processados e pontuações menores para produtos processados ou

¹² No que se refere aos alimentos ultraprocessados, percebe-se um maior consumo de biscoitos salgados no Nordeste, e um maior consumo de margarina no Nordeste e Sudeste. Os demais subgrupos desses alimentos seguem o padrão observado conforme descrito por região (IBGE, 2020).

ultraprocessados em programa de pontos em aplicativos que promovem troca de pontos por produtos;

4. A retirada de produtos ultraprocessados das proximidades dos caixas dos estabelecimentos e disponibilização de produtos mais saudáveis, dando preferência a alimentos com selo de produto orgânico.

Defende-se que as sugestões podem ensejar a redução do consumo de alimentos ultraprocessados e complementar as políticas tradicionalmente utilizadas para o alcance de uma alimentação mais saudável e sustentável no Brasil.

CONCLUSÃO

Atualmente, promover uma alimentação saudável a partir de sistemas alimentares sustentáveis, se caracteriza como um dos maiores desafios da humanidade para a saúde e para o meio ambiente no século XX, principalmente em meio ao crescimento da população mundial e do modo de vida urbano.

O sistema alimentar vigente é insustentável e tem causado diversos problemas à saúde humana, bem como afetado a concretização de um meio ambiente saudável. Urge, portanto, a mudança de hábitos e comportamentos alimentares humanos, devendo ser adotadas dietas sustentáveis que contribuam para a não degradação do meio ambiente e garantam a saúde e bem-estar dos indivíduos.

A alimentação é um ato social, culturalmente constituído e não apenas envolve questões biológicas ou nutricionais, mas também psicossociais. Cada ser humano apresenta uma relação única com os alimentos a serem consumidos. Constituir hábitos alimentares saudáveis e sustentáveis vai além da possibilidade econômica, da análise de custo-benefício ou de uma informação nutricional adequada. Nesse aspecto, a Economia Comportamental apresenta um papel relevante ao questionar o pressuposto da racionalidade dos agentes econômicos, aprofundando estudos sobre o comportamento humano.

Em que pese ainda existam dúvidas e debates doutrinários acirrados acerca da utilização dos *nudges*, restou comprovado através de diversos estudos empíricos que intervenções comportamentais são uma estratégia útil para induzir alterações dos comportamentos dos indivíduos em diversos contextos.

Ademais, o uso de ferramentas que consideram fatores humanos não desloca o enfoque das políticas já existentes, baseadas na economia tradicional e fundamentadas em incentivos pessoais de interesse próprio. Na verdade, essas novas ferramentas comportamentais complementam e aperfeiçoam os instrumentos tradicionais. Dessa forma, os *nudges* devem ser entendidos como um complemento, um auxílio aos instrumentos das políticas tradicionais e não algo substituto.

Constatou-se, portanto, que a Economia Comportamental, através das ferramentas de *nudging*, aliada aos métodos tradicionalmente utilizados, pode oferecer auxílio relevante para efetivação de escolhas alimentares mais saudáveis e sustentáveis, levando de forma gradual a sociedade brasileira a uma direção que possa beneficiar a todos, inclusive no que diz respeito à problemas sistemáticos relacionados à saúde e ao

meio ambiente, agravados pelo alto índice de consumo de alimentos ultraprocessados pela população.

REFERÊNCIAS

ÁVILA, Flávia; BIANCHI, Ana Maria. **Guia de Economia Comportamental e Experimental**. Organizadores, tradução Laura Teixeira Motta. 1ª ed. São Paulo: EconomiaComportamental.org, 2015.

BOSELMANN, Klaus. **O princípio da sustentabilidade: transformando direito e governança**; tradução Philip Gil França; prefácio Ingo Wolfgang Sarlet. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2015.

BRASIL. Ministério da Saúde. **Guia alimentar para a população brasileira**. 2. ed., 1. reimpr. Brasília, 2014.

BRUNIERI, Celina M. Contágio, miasmas e microrganismos. **Revista Entre Teses**, n. 6, p. 26-31. Jun. 2016.

DA SILVA, José Afonso. **Direito Ambiental Constitucional**. 4ª ed./2ª tir., Malheiros, 2003.

GOLEY, Christophe. **Direito à Alimentação e Acesso à Justiça: Exemplos em nível nacional, regional e internacional**. Roma, 2010. FAO: Roma, 2009

FAO - ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA A ALIMENTAÇÃO E A AGRICULTURA. **Marco da FAO para a Agenda Alimentar Urbana**. Roma, 2020.

FAO – ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA A ALIMENTAÇÃO E A AGRICULTURA. Sustainable diets and biodiversity: directions and solutions for policy, research and action. **Biodiversity and sustainable diets united against hunger**. Rome: Food and Agricultural Organization, 2010.

FENSTERSEIFER, Tiago. SARLET, Ingo Wolfgang. **Direito constitucional ambiental: Constituição direitos fundamentais e proteção do ambiente**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

FERRARI, Linda; CAVALIERE, Alessia; DE MARCHI, Elisa; BANTERLE, Alessandro. Can nudging improve the environmental impact of food supply chain? A systematic review. **Trends in Food Science & Technology**. Vol. 91. p. 184-192. 2019.

FERRAZ, Mariana de Araujo. **Direito à Alimentação e Sustentabilidade**. 2013. 189 f. (Dissertação de Mestrado), Área de concentração: Direitos Humanos. Faculdade de Direito Universidade de São Paulo – USP.

GIGERENZER, Gerd; GOLDSTEIN, Daniel. (1996). Reasoning the Fast and Frugal Way: Models of Bounded Rationality. *Psychological Review*. 62. 650-669.

Glanz, K., Basil, M., Maibach, E., Goldberg, J., & Snyder, D. (1998). **Why americans eat what they do: Taste, nutrition, cost, convenience, and weight control concerns as influences on food consumption**. *Journal of the American Dietetic Association*, 98, 1118-1126.

GOLVEIA, Nelson. **Saúde e meio ambiente nas cidades: os desafios da saúde ambiental**. *Saúde e Sociedade*. 8(1); p. 49-61, 1999.

HANKS, A. S., JUST, D. R., & WANSINK, B.. Smarter lunchrooms can address new school lunchroom guidelines and childhood obesity. *Journal of Pediatrics*, 162, 867–869. 2013.

IBGE. **Pesquisa de orçamentos familiares 2017-2018: análise do consumo alimentar pessoal no Brasil**. Coordenação de Trabalho e Rendimento. - Rio de Janeiro: IBGE, 2020.

JUST, David R.; MANCINO, Lisa; WANSINK, Brian. **Could Behavioral Economics Help Improve Diet Quality for Nutrition Assistance Program Participants?**. U.S. Dept. of Agriculture, Economics Research Service, [S.l.], n. 43, p. 1-34, jun. 2007.

KRISTENSSON, Per; WÄSTLUND, Erik; SÖDERLUND, Magnus. Influencing consumers to choose environment friendly offerings: Evidence from field experiments, *Journal of Business Research*. Vol. 76, p. 89-97. 2017.

LEHNER, M.; MONT, O.; Heiskanen, E.. Nudging – A promising tool for sustainable consumption behaviour? *Journal of Cleaner Production*, 134, p.166–177. 2016.

MONTEIRO, Renata Alves. **Influência de Aspectos Psicossociais e Situacionais sobre a Escolha Alimentar Infantil**. Tese de Doutorado. Universidade de Brasília. 2009.

MONTEIRO CA, LEVY RB, CLARO RM, DE CASTRO IR, CANNON G. **Increasing consumption of ultra-processed foods and likely impact on human health: evidence from Brazil**. *Public Health Nutr*. 2011 Jan;14(1):5-13. doi: 10.1017/S1368980010003241. PMID: 21211100.

MONTEIRO CA, MOUBARAC JC, CANNON G, NG SW, POPKIN B. **Ultra-processed products are becoming dominant in the global food system.** *Obes Rev.* 2013 Nov;14 Suppl 2:21-8. doi: 10.1111/obr.12107. PMID: 24102801.

MORMANN, M. M.; NAVLPAKKAM, V.; KOCH, C.; RANGEL, A. Relative visual saliency differences induce sizable bias consumer choice. *Journal of Consumer Psychology.* 22(1), P. 67-74. 2012.

NAÇÕES UNIDAS. Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. **Comentário Geral n. 12. sobre o direito à alimentação adequada.** 1999.

NIENCHESKI, Luísa Zuardi. Aspectos Contemporâneos do direito humano ao meio ambiente: Reconhecimento e Efetivação. ANIMA: **Revista Eletrônica do Curso de Direito das Faculdades OPET.** Curitiba PR - Brasil. Agosto de 2014.

ORGANIZAÇÃO PAN-AMERICANA DA SAÚDE (OPAS). **Alimentos y bebidas Ultraprocesados en América Latina: ventas, fuentes, perfiles de nutrientes e implicaciones normativas.** Washington, D.C: OPAS; 2019.

ORGANIZAÇÃO PAN-AMERICANA DA SAÚDE (OPAS). **Alimentos y bebidas ultraprocesados en América Latina: tendencias, efecto sobre la obesidad e implicaciones para las políticas públicas.** Washington, DC: OPAS; 2015.

REY, María Medina; FEBRER, María Teresa. O direito à alimentação no quadro internacional dos direitos humanos e nas constituições. **Cadernos de Trabalho sobre o Direito à Alimentação.** Organização das Nações Unidas para a Alimentação e a Agricultura. Roma, 2014.

RIBEIRO, H.; JAIME, P. C.; VENTURA, D. Alimentação e sustentabilidade. *Estudos Avançados*, v. 31, n. 89, p. 185–198, 2017.

RIBEIRO, Helena. Saúde Pública e Meio Ambiente: evolução do conhecimento e da prática, alguns aspectos éticos. *Saúde e Sociedade* v.13, n.1, p.70-80, jan-abr 2004.

RADICCHI, Antonio Leite Alves. LEMOS, Alysson Feliciano. **Saúde ambiental.** Belo Horizonte: Nescon/UFMG, Coopmed, 2009.

PAIM, J. S.; ALMEIDA, N. **A crise da saúde pública e a utopia da saúde coletiva.** Salvador: Casa da Qualidade Editora, 2000.

SCHUBERT, Christian. Green nudges: Do they work? Are they ethical?. *Ecological Economics.* Vol. 132, p. 329-342, 2017.

SIMON, H. A. **Models of bounded rationality**. v. 1-2. Cambridge: MIT Press, 1982.

SIMON, H. A. **Models of man**. New York: John Wiley & Sons, 1957.

SUNSTEIN, C. R.. Nudging: A very short guide. **Journal of Consumer Policy**, 37(4), 583-588. 2014.

TILMAN, D., CLARK, M. Global diets link environmental sustainability and human health. **Nature** 515, 518–522 (2014).

THALER, Richard; SUNSTEIN, Cass R.. **Nudge: como tomar melhores decisões sobre saúde, dinheiro e felicidade**. Trad. Ângelo Lessa. 1 ed. Rio de Janeiro: Objetiva, 2019.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Direitos Humanos e Meio Ambiente: paralelo dos sistemas de proteção internacional**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1993.

TVERSKY, Amos; KAHNEMAN, Daniel. Judgement under uncertainty: heuristics and biases. **Science**, v. 185, n. 4157, p. 1124-1131, sep. 1974.

VEIGA NETO, Alipio Ramos; MELO, Larissa Grace Nogueira Serafim de. **Fatores de influência no comportamento de compra de alimentos por crianças**. Saude soc., São Paulo , v. 22, n. 2, p. 441-455, Jun. 2013 .

VIANA, V. Psicologia, saúde e nutrição: contribuindo para o estudo do comportamento alimentar. **Análise Psicológica**. Lisboa, v. 4, n. 20, p. 611-624, 2002.

WANSINK, B. Change their choice! Changing behavior using the can approach and activism research. **Psychology and Marketing**. 32(5). P. 486-500. 2015.

WILLETT W; ROCKSTROM J; LOKEN B; SPRINGMANN M; LANG T; VERMEULEN S; GARNETT T. *et al*. Food in the Anthropocene: the EAT–Lancet Commission on healthy diets from sustainable food systems. **The Lancet**, 393 (10170), p. 447-492. 2019.

WILSON, Amy L; BUCKLEY, Elizabeth; BUCKLEY, Jonathan D.; BOGOMOLOVA, Svetlana. Nudging healthier food and beverage choices through salience and priming. Evidence from a systematic review. **Food Quality and Preference**. Volume 51, 2016, Pag. 47-64.

WISDOM J; DOWNS JS; LOEWENSTEIN G. Promoting Healthy Choices: Information vs Convenience. **American Economic Journal: Applied Economics**. Vol. 2, p. 164-78. 2005.

WHO – WORLD HEALTH ORGANIZATION; UN-HABITAT. **Global Report on Urban Health; equitable, healthier cities for sustainable development.** Executive Summary. Centre for Health Development, Kobe; UN-Habitat, Nairobi, 2016.

WOLK, A. **Potential health hazards of eating red meat.** Journal of Internal Medicine 281, 106–122. 2017.

WORLD BANK. 2015. World Development Report 2015: **Mind, Society, and Behavior.** Washington, DC: World Bank.

WORLD HEALTH ORGANIZATION (WHO). **Constitution of World Health Organization.** [s.l.],1946. Disponível em: http://www.who.int/governance/eb/who_constitution_en.pdf. Acesso em: 02 jan. 2021.

WORLD HEALTH ORGANIZATION (WHO). **Diet, nutrition and the prevention of chronic diseases.** Geneva: WHO (Technical Report Series, 916). 2003.

YANG, H., CARMON, Z., KAHN, B., MALANI, A., SCHWARTZ, J., VOLPP, K., *et al.* The hot-cold decision triangle: A framework for healthier choices. **Marketing Letters**, 23, 457–472. 2012.



OS REFLEXOS DA PANDEMIA DO COVID-19 NO MUNDO DO TRABALHO: UMA ANÁLISE COMPARATIVA DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO EMPREGADOR NO BRASIL E NA ESPANHA¹

*Camilla de Freitas Pereira²,
Beatriz Souza Costa³,
Carla Ribeiro Volpini Silva⁴
Jamile Bergamaschine Mata Diz⁵*

RESUMO

A pandemia causada pelo vírus da COVID – 19 trouxe dificuldades na saúde e na economia em todos os países do mundo. As medidas restritivas de abertura e fechamento dos estabelecimentos, a crise no sistema de saúde direcionou os governantes a implementar leis de cunho econômico, fiscal e trabalhistas em caráter extraordinário. Diante deste cenário, a exposição dos trabalhadores impossibilitados de laborar em sistema *home office* colocou-os em exposição de risco de adoecimento pelo vírus. Assim, a existência de um meio ambiente do trabalho hígido e seguro ganha maior importância. Dessa forma, a presente pesquisa investiga a responsabilidade do empregador por não fornecer a segurança ao trabalhador no Brasil e na Espanha e se essas responsabilizações têm sido efetivas. Para alcançar o objetivo proposto, utilizou-se da metodologia jurídico-teórica, bem como de um raciocínio dedutivo e pesquisa doutrinária. Concluiu-se que o sistema de responsabilização espanhol é mais rígido, gerando resultados melhores quanto ao número de adoecimento dos trabalhadores.

¹ As autoras agradecem à Comissão Europeia pelo apoio dado à pesquisa no marco do Centro de Excelência Jean Monnet - Projeto WISDOW/Brasil.

² Doutoranda em direito ambiental e desenvolvimento sustentável. É mestre em direito ambiental e desenvolvimento sustentável. Especialista em Direito Público Global em Castilla La Mancha/ Espanha. Especialista em Direito Público pela Universidade Cândido Mendes. Especialista em Docência com Ênfase em Educação Jurídica pela Faculdade Arnaldo. Graduada em Direito pela PUC Minas. Fundadora da CF Advocacia e Freitas Serviços Administrativos, que presta serviços para entidades de terceiro setor. Advogada militante na área trabalhista, cível e imobiliária. Camilla é membro da Sociedade de São Vicente de Paulo desde 1988.

³ Doutora em Direito Constitucional pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Mestre em Direito Constitucional pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Participou do Summer program in North American Law for Brazilian Judges, Prosecutors and Attorneys, na Universidade da Flórida, Gainesville, em 2010. Coordenadora e Professora, de Direito Ambiental, no Centro de Atualização Em Direito (CAD) Belo Horizonte. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Constitucional, atuando principalmente nos seguintes temas: Direito Ambiental, meio ambiente, Constituição, educação e cidadania.

⁴ Doutora em Direito Público pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Mestre em Direito Internacional e Comunitário Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (2006), especialização em Direito Processual pelo IEC/PUCMINAS(2003), e graduação em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (2006). Professora Adjunta do Departamento de Direito Público da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais e professora da Pós-graduação Stricto Sensu da Universidade de Itaúna.

⁵ Coordenadora do Centro de Excelência Europeu UFMG e da Cátedra Jean Monnet de Direito UFMG. Professora da Faculdade de Direito da UFMG. Professora do PPGD da Universidade de Itaúna. Professora da FDMC e da ESDHC. Coordenadora da Rede de Pesquisa “Integração, Estado e Governança”. E-mail: jmatadiz@yahoo.com.br . A autora agradece a CAPES no marco do programa PRINT pelo financiamento dado a presente pesquisa - Código 001.

PALAVRAS-CHAVE: Covid-19; meio ambiente do trabalho; Responsabilidade civil do empregador.

THE REFLECTIONS OF THE COVID PANDEMIC – 19 IN THE WORLD OF WORK: A COMPARATIVE ANALYSIS OF THE EMPLOYER'S CIVIL RESPONSIBILITY BETWEEN BRAZIL AND SPAIN

ABSTRACT

The pandemic caused by the virus COVID – 19 brought health and economic difficulties in every country in the world. The restrictive measures for opening and closing establishments, the crisis in the health system led government officials to implement extraordinary economic, fiscal and labor laws. In this scenario, the exposure of workers unable to work in a home office system placed them at risk of illness by the virus. Thus, the existence of a healthy and safe work environment becomes more important. Thus, this research will investigate the employer's responsibility for not providing security to the worker in Brazil and Spain and whether these responsibilities have been effective. In order to reach the proposed objective, the legal-theoretical methodology was used, as well as deductive reasoning and doctrinal research. It was concluded that the Spanish accountability system is more rigid, generating better results regarding the number of illnesses among workers.

KEYWORDS: Covid-19; work environment; Civil liability of the employer.

Introdução

A pandemia ocasionada pela COVID-19, iniciada na cidade de Wuhan, na China, espalhou-se rapidamente por todo o globo terrestre. Dentro deste cenário desconhecido pela ciência e pela humanidade, diferentes medidas foram tomadas pelos governos dos países no que se refere à economia e saúde.

As restrições quanto à circulação de pessoas, fechamento de comércio e estabelecimentos foram umas das medidas mais adotadas na tentativa de desacelerar a propagação do vírus. Todavia, não foi possível mantê-las por muito tempo haja vista os impactos econômicos cada vez maiores, comprometendo tanto o Poder Público, quanto os particulares. Ainda dentro deste contexto, algumas atividades, consideradas essenciais, permaneceram em pleno funcionamento, exigindo uma dedicação maior dos trabalhadores da área.

Nesse cenário, os adoecimentos por COVID-19, exaustão e acometimentos psicológicos impactaram fortemente os trabalhadores. Com isto, o local do exercício do ofício deve ser preservado, dada a facilidade de transmissão. Os ambientes aglomerados de pessoas, o contato físico com os instrumentos de trabalho, a relação fisicamente próxima entre os empregados e o empregador favorece a propagação do vírus, e pode ter graves consequências na saúde do corpo humano.

Nessa perspectiva, a presente pesquisa investiga, especificamente, as medidas tomadas para a preservação da saúde e segurança dos trabalhadores durante a pandemia, no Brasil e na Espanha, tendo em vista que algumas atividades exigem maior exposição desses profissionais ao vírus. Por fim, apurar-se-á o sistema de responsabilização do empregador nos casos de contaminação pela COVID-19 em cada um desses países. Para alcançar o objetivo proposto, a pesquisa utilizou-se da metodologia jurídico-teórica, bem como de um raciocínio dedutivo e pesquisa doutrinária.

1 OS IMPACTOS ECONÔMICOS DA COVID -19 NO BRASIL E NA UNIÃO EUROPEIA E AS PRIMEIRAS MEDIDAS EMERGENCIAIS ADOTADAS

O ano de 2020 iniciou-se desafiando líderes governamentais do mundo inteiro, devido à Pandemia causada pelo vírus COVID-19 ou Coronavírus que proliferou-se formando-se uma crise pandêmica, anunciada pela Organização Mundial da Saúde (OMS) em março de 2020 (WHO, 2020). O vírus foi encontrado inicialmente na China, entre trabalhadores de um mercado de alimentos de Wuhan, capital da província de Hubei. Ele espalhou-se rapidamente, causando diferentes reações nos organismos dos seres humanos (FREITAS et al, 2020), alastrando-se rapidamente para os demais continentes do planeta.

Mazzucchelli *et al* (2020) afirmam que no continente Europeu houve uma grande variabilidade nas incidências de contaminação e morte pelo Covid – 19, exemplificando que países como, como Grécia, Bielorrússia ou Ucrânia, a mortalidade alcançou 5 casos a cada 100.000 habitantes, em outros países como Bélgica, Espanha o Reino Unido seria em média 50 casos a cada 100.000 habitantes. No Brasil, um país com dimensões continentais, e com realidades socioeconômicas distintas em cada região, estima-se no mês de maio de 2021 que se tenha 1,9 mil mortes por milhão de habitantes, à frente de Estados Unidos, México e Rússia e outros 10 países com mais de 100 milhões de habitantes (OUR WORLD IN DATA, 2021).⁶

Quando os primeiros casos surgiram em território brasileiro e em outros países afetados, as primeiras iniciativas das autoridades da saúde pública foram no sentido de investigar o histórico recente das pessoas contaminadas. Todavia, com o crescimento geométrico das infecções tornou-se impossível o total rastreamento dada à impossibilidade de recursos humanos para operá-la (ROCHA *et al.* 2020).

Logo, verifica-se que as medidas tomadas pelos governos do Brasil e da Europa para tentar frear os efeitos avassaladores da pandemia, nos aspectos econômicos e sociais foram totalmente diferentes. Assim, nesses países as diferentes estratégias tinham por objetivo a adoção de um conjunto de normas para preservação das empresas e dos empregos, amparadas pela flexibilização de direitos trabalhistas, mecanismos e substituição de renda, isenção de contribuições empresariais dentre outras. Essas medidas correspondiam à tentativa de um escudo social para a proteção da crise coletiva causada pela pandemia da COVID – 19 (MORARI, 2021). Todavia, os desfechos considerando o ano de 2021, também foram distintos, como afirma Mazzucchelli:

Probablemente, esta variabilidad es multifactorial. La cuestión que planteamos es qué países cuentan con las mejores herramientas para luchar contra este virus. ¿Existen diferencias entre países democráticos y autoritarios a la hora de luchar contra el virus? En general, los científicos sociales tienden a estar de acuerdo, aunque con reservas, en que la democracia es beneficiosa para la salud pública (4). Sin embargo, la Covid-19 está planteando importantes dudas en este argumento. En general, parece que a nivel mundial los países autoritarios se están ganando elogios por su respuesta,

⁶ Our World in Data é uma [publicação digital](https://ourworldindata.org/) especializada em expor pesquisas empíricas e dados analíticos sobre mudanças nas condições de qualidade de vida ao redor do mundo objetivando progresso contra os maiores problemas do mundo. Essas publicações são realizadas por pesquisadores do mundo inteiro, e combinando dados de pesquisas científicas. Para mais informações: <https://ourworldindata.org/>.

mientras que en las principales democracias sus resultados no han sido tan satisfactorios (MAZZUCHELLI, 2020)⁷.

No Brasil, foi publicada no Diário Oficial da União (DOU) em 04.02.2020, a Portaria nº 188/2020, em que o Ministério da Saúde reconhecia a emergência em saúde pública de importância Nacional em decorrência da Infecção Humana pelo novo Coronavírus (2019-nCoV), e objetivando organizar um Centro de Operações de Emergências em Saúde Pública (COE-nCoV) para planejar, organizar, coordenar e controlar as ações das autoridades de saúde federais para enfrentamento da pandemia (BRASIL, 2020), e o Ministério da Saúde decretou emergência de saúde pública de importância internacional, nos termos da [lei 13.979 de 2020](#). Após, outras medidas legislativas foram tomadas, instituindo um comitê de crise, além de medidas impondo *lockdown*, regulamentação dos horários de funcionamento do comércio e isolamento social por governos estaduais e municipais.

Nesse cenário, quando foram decretadas as medidas de isolamento os empregadores iniciaram uma pressão cobrando do Poder Público soluções jurídicas e legais para tomada de medidas nos contratos de trabalho nesses empreendimentos, dada a falta de recursos para a sua manutenção. Verifica-se que os impactos da pandemia no empresariado brasileiro, refletem diretamente na economia. Conforme dados do SEBRAE atestam que o número dos pequenos negócios empresariais no Brasil equivale a 37%, o que corresponde a 6,4 milhões de empresas. Neste sentido, as Micro e Pequenas Empresas empregam formalmente 52% dos trabalhadores. Em 2019 registrou-se a existência de mais de 8 milhões de microempreendedores, o que representa um crescimento de 120% em cinco anos. (NAHAS; MARTINEZ, 2020).

Com a ocorrência da pandemia o desemprego no Brasil acentuou-se consideravelmente. Em fevereiro de 2020, um mês antes do anúncio do estado pandêmico a taxa de desemprego no país alcançava índices de 11,6%. Em novembro do referido ano a taxa majorou para de 14,6%, significando um aumento de 1,3% em relação aos três trimestres anteriores e de 2,8% em relação ao mesmo trimestre de 2019 (GUSMÃO, 2021).

No que tange às relações trabalhistas e fiscais, visando à manutenção das empresas, a Medida Provisória nº 927, publicada em 22 de março de 2020 trouxe como mudanças a possibilidade do trabalho remoto, a antecipação de férias individuais, as férias coletivas, o aproveitamento e antecipação de feriados.

Nessa esteira, a suspensão de algumas exigências administrativas em segurança e saúde no trabalho, no banco de horas, na suspensão da exigibilidade do recolhimento do FGTS pelos empregadores, referente às competências de março, abril e maio de 2020, além da não consideração da contaminação da COVID-19 como doença ocupacional, entre outras. A MP 928/2020 revogou a disposição da MP 927 sobre a suspensão do contrato de trabalho para a qualificação profissional (BRASIL, 2020).

⁷ Essa variabilidade é provavelmente multifatorial. A pergunta que fazemos é quais países têm as melhores ferramentas para combater esse vírus. Existem diferenças entre países democráticos e autoritários no que diz respeito ao combate ao vírus? Em geral, os cientistas sociais tendem a concordar, embora com reservas, que a democracia é benéfica para a saúde pública (4). No entanto, a Covid-19 está levantando dúvidas significativas sobre esse argumento. No geral, os países autoritários parecem estar recebendo elogios por sua resposta global, enquanto nas principais democracias seus resultados não têm sido tão satisfatórios (tradução livre).

Posteriormente foi publicada a MP 936/20 que criou o "Programa Emergencial de Manutenção do Emprego e da Renda", com a implementação do Benefício Emergencial de Preservação do Emprego e da Renda, suportado com recursos da União Federal, à semelhança do seguro-desemprego. A referida Medida Provisória tem como possibilidades a pactuação individual da redução da jornada e do salário; o acordo individual para suspensão do contrato de trabalho; o pagamento, pela União Federal, do Benefício Emergencial de Preservação do Emprego e da Renda pago a partir da data do início da redução da jornada de trabalho e de salário ou da suspensão do contrato (BRASIL, 2020).

Segundo Moraru (2020) na Espanha foram adotadas medidas implementando o trabalho remoto, redução de jornada e de salários, para auxiliar o confinamento. Tais medidas foram denominadas de "Plan MECUIDA", ou "Plano MeCUIDA", haja vista os efeitos nas famílias advindos do confinamento.

Heras (2020), por sua vez, afirma que a crise de saúde causada pelo COVID-19 trouxe as medidas de contenção, confinamento e limitação da atividade econômica aos serviços essenciais por meio do Real Decreto-Lei 8/2020 e do Real Decreto-Lei 10/2020¹, causando queda no consumo, investimento e exportações.

A Comissão Europeia, em meio à desorientação nacional, aprovou medidas jurídicas temporárias, como a de 19 de março de 2020 com vigência até dezembro de 2020. O objetivo era de que os Estados-Membros tivessem maior flexibilidade na adoção de medidas econômicas para superar a crise do COVID – 19. Nessa ocasião, foram autorizados cinco tipos de auxílios para os estados, englobando subvenções diretas até empréstimos subsidiados (SCUDELER *et al.*, 2020).

Além disso, foi criado o programa SURE⁸, como uma medida de apoio temporária com o objetivo de abrandar os riscos de desemprego numa emergência com base no artigo 122 do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE). Esse artigo permite à Comissão conceder empréstimos a um Estado-Membro que está sofrendo ou está gravemente ameaçado por uma ruptura econômica causada pelo surto de COVID-19 (GROS *et al.*, 2021).

O Plano SURE consiste na concessão de empréstimos em condições favoráveis aos países integrantes da UE que solicitem ajuda em razão de aumentos súbitos da despesa pública para preservar o emprego. Concretamente o referido plano auxilia os Estados-Membros com as despesas relacionadas com a criação ou a extensão de regimes nacionais de redução do tempo de trabalho, ou outras medidas congêneres em benefício dos trabalhadores para o enfrentamento da pandemia do coronavírus (GROS *et al.*, 2021).

Tendo em vista o desempenho dos mercados de ações, Gormsen e Koijen (2020) investigaram os efeitos da pandemia do COVID-19 e demonstraram quebras acentuadas decorrentes da crise de 2020. Ou seja, designadamente houve uma queda de 8% nos Estados Unidos e no Japão, e uma queda de 14% na União Europeia. Em

⁸ A sigla SURE vem do inglês "Support to mitigate Unemployment Risks in an Emergency". Para mais informações: https://ec.europa.eu/info/business-economy-euro/economic-and-fiscal-policy-coordination/financial-assistance-eu/funding-mechanisms-and-facilities/sure_pt.

relação ao PIB apontam uma queda de 2% nos Estados Unidos e Japão e de 3% na União Europeia.

No próximo tópico será analisado o tratamento normativo aplicado ao meio ambiente do trabalho no Brasil e na Espanha, em análise comparativa, haja vista a necessidade de sua higidez e segurança, especialmente na Pandemia causada pelo COVID-19.

2 A REGULAMENTAÇÃO DO MEIO AMBIENTE DO TRABALHO NO BRASIL E NA ESPANHA

O meio ambiente do trabalho tem especial proteção da Constituição Federal. Essa proteção tem fundamento na proteção do direito à vida uma vez que é no meio ambiente do trabalho que o obreiro passa boa parte do seu dia e por consequência da sua vida.

Historicamente as condições de trabalho humanas só foram protegidas às custas de lutas sociais. Com o advento do Estado Social de Direito em detrimento do Estado Liberal, houve constitucionalização dos direitos sociais decorrentes das mudanças políticas na Europa, como a Revolução Bolchevique de 1917,⁹ a ascensão do fascismo italiano em 1922, a vitória eleitoral nazista na Alemanha, em 1933, além das duas Grandes Guerras Mundiais (FARIAS, 2016). Esse constitucionalismo social teve como pioneiras a Constituição mexicana de Querétaro, de 1917 e a alemã de Weimar, de 1919. A primeira mais analítica que a segunda, e influenciou a maioria das constituições sociais. Quanto ao Brasil, as sete Constituições¹⁰ que vigoraram ao longo da história revelam altos e baixos quanto à proteção dos direitos trabalhistas, sendo a Constituição de 1988 a que reuniu o maior número de proteção social (FRANCO FILHO, 2019).

Afirma Nieto (2014) que a Organização Internacional do Trabalho, OIT desde o seu nascimento tem como objetivo principal a melhoria das condições dos trabalhadores, sendo o direito à saúde e segurança no trabalho como seu principal compromisso. Para tanto, ao longo dos anos desenvolveu normas internacionais para garantir os direitos trabalhistas com o firme propósito de melhorar o direito à saúde e segurança no trabalho. Apura-se, então que das quase 200 convenções internacionais aprovadas pela OIT, 40 são relativas ao tema. Além disso, desenvolveu o Programa de Segurança e Saúde no Trabalho e Meio Ambiente, SafeWork, para promover a consciência global da magnitude e consequências dos acidentes de trabalho e doenças do trabalho.

Segundo Prata (2013), no fim da década de 1970, a Organização Internacional do Trabalho (OIT), deixou de cuidar apenas de medidas preventivas quanto à segurança física dos operários e passou a demonstrar maior preocupação com o meio ambiente

⁹ A Revolução Bolchevique ou Revolução Russa ocorreu em 1917, com a derrubada da monarquia russa assumindo o poder o Partido Bolchevique, de Vladimir Lênin. A Rússia era detentora de numerosos operários que trabalhavam exaustivamente e recebia baixíssimos salários, em um período de recém industrialização agravado pelos sofrimentos da Primeira Guerra Mundial.

Dentro desse contexto conflituoso, iniciou-se uma série de manifestações populares que pressionaram até a renúncia da monarquia dando origem à União Soviética, o primeiro país socialista do mundo, que durou até 1991. Para melhor entender o contexto social, político e econômico pré-revolução Russa (HOBSBAWM, 2011, p. 448-461) e o contexto em que ocorreu a revolução (HOBSBAWM, 1995, p. 50-62).

¹⁰ As sete Constituições brasileiras foram: Constituição de 1824 (Brasil Império), a Constituição de 1891 (Brasil República), a Constituição de 1934 (Segunda República), a Constituição de 1937 (Estado Novo), a Constituição de 1946, a Constituição de 1967 (Regime Militar) e a Constituição de 1988.

do trabalho. Dessa forma, promulgou a Convenção n. 148 da OIT de 1977 sobre a Proteção dos Trabalhadores Contra os Riscos Profissionais Devidos à Contaminação do Ar, ao Ruído e às Vibrações no Local de Trabalho (OIT, 1977) e a Convenção n. 155 da OIT de 1981 sobre Segurança e Saúde dos Trabalhadores e o Meio Ambiente de Trabalho (OIT, 1981), ambas promulgadas pelo Brasil antes mesmo da Constituição de 1988.

A partir dessas influências, surge uma consciência coletiva, decorrente do movimento de lutas dos trabalhadores, culminando, no Brasil, na consagração de um amplo rol de direitos sociais na Constituição de 1988. Com relação à temática de interesse nesta pesquisa, destaca-se especialmente “o direito à redução dos riscos inerentes ao trabalho por meio de normas de saúde, higiene e segurança”, como disposto no art. 7º, inciso XXII, da Constituição Federal de 1988. É nesse contexto que se dá a importância do meio ambiente do trabalho, uma vez que é o local da efetivação desses direitos.

No Brasil, o meio ambiente do trabalho é protegido constitucionalmente, em decorrência da junção dos artigos 225, 7º, XXII e 170 da Constituição Federal de 1988 e, por conseguinte, é considerado direito fundamental, uma vez que é indispensável ao direito à vida.

Esse direito tem por finalidade resguardar a vida e a saúde dos trabalhadores, sob a ótica do princípio da dignidade da pessoa humana (BRASIL, 1988). Nesse diapasão, considerando o meio ambiente do trabalho um direito fundamental, trata-se de um direito irrenunciável, inalienável e imprescritível.

O artigo 196 da Constituição Federal, por sua vez, determina que a saúde não diz respeito apenas a um direito trabalhista, mas sim de todos, devendo o Estado garantir por meio de políticas sociais e econômicas a redução dos riscos de doenças corporais e psíquicas. Além disso, assegura o acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação. Já o princípio da dignidade da pessoa humana determina a primazia da pessoa humana sobre o Estado, e, na esfera do Direito do Trabalho, significa a primazia do trabalhador frente à empresa (CALVO, 2013).

Na Espanha, a promulgação das normas relativas à prevenção de riscos ocorre no período entre 1873 e 1907. Nesse período, sobrevém a promulgação da primeira legislação social e com as primeiras intervenções científicas nas relações de trabalho, concretizando então, na confecção e aplicação das regras de segurança e higiene realizada pelos Juízes e Tribunais até a criação dos Tribunais Industriais (GONZALÉZ, 2008).

Na atualidade, o artigo 40.2 da Constituição espanhola impõe aos poderes públicos, como um dos princípios norteadores da política social e econômica, garantir a segurança e higiene no trabalho. A partir desse mandamento, devem desenvolver uma política protetionista aos trabalhadores prevenindo acidentes e doenças no trabalho (ESPANHA, 1978).

Nesse cenário, ações diversas devem ser desenvolvidas pelo governo espanhol para prevenção dos riscos laborais em consonância com as decisões da União Europeia, que tem por objetivo melhorar progressivamente às condições de trabalho. Com a modificação do Tratado que institui a Comunidade Econômica Europeia pelo

denominado Acto Único, no artigo 118.º-A, os Estados-Membros se comprometem, desde a sua entrada em vigor, em promover a melhoria do ambiente de trabalho para atingir a harmonização das condições de saúde e segurança dos trabalhadores. Todavia, apesar do mandamento constitucional e das diretivas comunitária, a Espanha ainda deve avançar no sentido de atualizar as normas protetivas dos riscos laborais. Neste caminho foi criada em 1995 leis de riscos ambientais impulsionando a referida proteção (ESPANHA, 1995).

A concisa lei de riscos laborais espanhola foi então complementada pelo Decreto Real 39/1997, de 17 de janeiro, que aprova o Regulamento dos Serviços Prevenção (RSP), que desenvolve detalhadamente as diferentes formas de organizar a prevenção na empresa (ESPANHA, 1997).

Dentro desse contexto, o meio ambiente do trabalho é entendido como o local onde os trabalhadores desenvolvem suas atividades laborais, e passam expressiva parte do seu dia. Por isso, é fundamental que tenha condições sadias e seguras, ou seja, não apresentar agentes que comprometam a saúde fisicopsíquica daqueles que ali laboram.

Nesse sentido, abrange ainda o modo de execução de tarefas, os instrumentos de trabalho, o local de trabalho, o modo como o empregado é tratado pelo empregador ou tomador e pelos colegas de serviço. Sua concepção ultrapassa a noção do simples local de execução das atividades laborais, mas leva em consideração o equilíbrio entre desempenho da atividade econômica e saúde do trabalhador, uma vez que na maioria dos casos o ser humano passa considerável parte do seu dia nesse local (MELO, 2010).

O meio ambiente do trabalho, nessa perspectiva, seria então considerado, o complexo máquina-trabalho; as edificações do estabelecimento, os equipamentos de proteção individual, a iluminação, o conforto térmico, as instalações elétricas, as condições de salubridade e insalubridade de periculosidade ou não. Também os meios de prevenção à fadiga, outras medidas de proteção ao trabalhador, jornadas de trabalho e horas extras, intervalos, descansos, férias, movimentação, armazenagem e manuseio de materiais que formam o conjunto de condições de trabalho (NASCIMENTO, 2003).

Outrossim, Mancuso (1999), julga que o habitat laboral consiste naquilo que envolve e condiciona, diretamente e indiretamente, o local onde o ser humano obtém os meios para dispor o necessário para sua sobrevivência e desenvolvimento, em harmonia com o ecossistema.

Portanto, o meio ambiente do trabalho deve respeitar a dignidade da pessoa humana do trabalhador. Para Delgado (2006), a higidez, inclusive mental e emocional, do humano são bens fundamentais de sua vida, privada e pública, de sua intimidade, de sua autoestima e afirmação social, incluindo também a sua honra. O empregado é cidadão de direitos “muito antes de vestir a “roupagem” de empregado dentro da empresa”. O seu estado de subordinação trabalhista não implica em renúncia aos seus direitos fundamentais como pessoa humana, muito menos em sujeição aos seus direitos de personalidade (CALVO, 2013).

Nesse raciocínio, a violação ao meio ambiente do trabalho equilibrado constitui degradação ambiental, sendo a poluição responsável pelas doenças laborais e seu

desequilíbrio, muitas vezes, causador das condições análogas à de escravo ao trabalhador. Assim, explica Padilha:

[...] o meio ambiente do trabalho estende sua abrangência para além da seara do Direito do Trabalho, uma vez que está inserido dentro do contexto de um dos maiores e mais grave problemas da atual sociedade globalizada e de alta tecnologia, qual seja, a questão ambiental. Os problemas ambientais suscitados pela atual sociedade de risco global não se limitam às agressões e degradação sistemática do meio ambiente natural, mas atinge o ser humano em todos os seus ambientes artificialmente construídos, desde o espaço urbano das cidades até o espaço laboral das atividades produtivas (PADILHA, 2011, p. 232).

O conceito de meio ambiente do trabalho não está unicamente ligado ao local, ao espaço, ao lugar onde o trabalhador exerce as suas atividades, mas é constituído por todos os elementos que compõem as condições materiais e imateriais do trabalhador. Dessa forma, esse meio ambiente deve englobar também às relações interpessoais (relações subjetivas), especialmente as hierárquicas e subordinativas, pois reflete diretamente na saúde física e mental do trabalhador. (CAMARGO; MELO, 2013).

Para Padilha (2011) o reconhecimento da importância do meio ambiente do trabalho diz respeito a uma mudança de comportamento ético, porque o ser humano se sobrepõe aos meios de produção. É neste ponto que o meio ambiente do trabalho deve garantir segurança e dignidade, haja vista que a força de trabalho e produção não podem estar acima dos direitos conquistados constitucionalmente.

Dentro do contexto da pandemia ocasionada pelo COVID-19, o meio ambiente do trabalho deve oferecer o amparo adequado, não só referente à proteção do espaço físico, mas nas relações interpessoais, e garantir a proteção psicológica para superar a crise econômica que atravessam os países. Importante também é a responsabilidade do empregador e os métodos de segurança, do trabalho, no Brasil e Espanha, é o que será desenvolvido a seguir.

3 RESPONSABILIDADE DO EMPREGADOR E MÉTODOS DE SEGURANÇA DE SAÚDE E MANUTENÇÃO DO TRABALHO ADOTADAS NO BRASIL E NA ESPANHA

Para Díaz (2001) a prevenção e proteção são conceitos autônomos, mas buscam um mesmo objetivo, ou seja, preservar a saúde e segurança dos trabalhadores. Neste sentido a prevenção antecede à proteção, e, portanto, impõe ao empresariado obrigações.

Diante de um contexto de crise, uma preocupação que aflige tanto o empresariado como os laboriosos é a manutenção do trabalho, uma vez que diz respeito à manutenção e sobrevivência pessoal e de seus dependentes. Para além da obediência das normas protetivas já existentes em cada um dos países objetivando a saúde e segurança do trabalhador, a pandemia do COVID-19 trouxe novas necessidades, em consequência de uma realidade excepcional imposta a todos os países.

No Brasil, tendo em vista a doença ter adquirido um caráter pandêmico, não caracterizaria geralmente, doença do trabalho. Isto porque a Lei n. 8213/91, no art. 20, §1º, dispõe que a doença endêmica não é considerada doença do trabalho (BRASIL, 1991). Dentro desse raciocínio, se a endemia, que é a contaminação em caráter regional não poderia ser configurada, muito menos uma pandemia que alcança todo o globo terrestre. Ainda dentro desse contexto, a Portaria n. 454 do Ministério da Saúde reconhece a transmissão comunitária do vírus (BRASIL, 2020).

Para regulamentar a situação, entra em vigor, a Medida Provisória 927/2020 (BRASIL, 2020). Todavia, Gusmão (2021) defende que a referida norma é uma ação contraditória à grave crise sanitária que assola o mundo. Isto porque em uma realidade em que exigia medidas mais rígidas de saúde e segurança do trabalho, o Poder Executivo brasileiro adotou normas de flexibilização que impactam diretamente na proteção do meio ambiente do trabalho. A exemplo disso, pode-se falar da suspensão de exames médicos ocupacionais, clínicos e complementares, com exceção dos demissionais; suspensão da obrigatoriedade da realização de treinamentos periódicos e eventuais dos atuais empregados, conforme as normas regulamentadoras de segurança e saúde no trabalho.

Para o autor supracitado, a implementação do trabalho remoto também é medida prejudicial, vez que esses trabalhadores ficam fora do controle de jornada, além de impor a eles o uso de tecnologias que não são remuneradas pela sua utilização.

Apesar desse contexto, alguns laboriosos mantiveram o trabalho presencial de forma compulsória, a exemplo disso os trabalhadores da saúde, dos frigoríficos, dos serviços funerários e cemitérios, das empresas de televisão e rádio, da indústria de petróleo, dos bancos, do teleatendimento, da coleta de lixo, dos correios e serviços de entrega, da segurança, da alimentação, dos cuidados e atividades domésticas, do setor de abastecimento de água e energia. Acrescenta-se ainda a esse cenário o trajeto e, particularmente, o transporte coletivo que são importantes pontos na cadeia de transmissão do vírus (MAENO, 2021).

Para os trabalhadores da saúde, a exposição ao risco de contaminações capazes de causar adoecimento, sempre ocorreu. A pandemia do COVID-19, para estes profissionais foi apenas um agravamento dessas condições. Todavia, os trabalhadores de outras áreas em que o contágio de doenças seria improvável, se deparam com uma nova realidade, do grande risco de adoecimento (SILVA, 2020). Em que pese esta realidade, o artigo 29 da Medida Provisória 927/2020 (BRASIL, 2020) dispôs que seria necessária à comprovação de nexos causal para responsabilização civil do empregador pelo adoecimento do empregado por COVID-19.

Imediatamente foram ajuizadas ações diretas de inconstitucionalidade pelo Partido Democrático Trabalhista (ADI 6342), e pelas: Rede Sustentabilidade (ADI 6344), Confederação Nacional dos Trabalhadores Metalúrgicos (ADI 6346), Partido Socialista Brasileiro (ADI 6348), Partido Comunista do Brasil (PCdoB), Partido Socialismo e Liberdade (PSOL) e pelo Partido dos Trabalhadores (PT) conjuntamente (ADI 6349), pelo partido Solidariedade (ADI 6352) e pela Confederação Nacional dos Trabalhadores da Indústria (ADI 6354) sob o fundamento que a Medida Provisória feriria direitos fundamentais dos trabalhadores (BRASIL, 2020).

A decisão do Plenário, em 29/04/2020, por maioria, suspende a eficácia do art. 29 da Medida Provisória (MP) 927/2020. Dessa forma, cabe à empresa a comprovação denexo causal à empresa de não ter sido a contaminação em meio laboral. Para o Tribunal Superior, imputar o ônus da prova ao trabalhador consistiria em uma “prova diabólica”, dada a impossibilidade de definir com precisão em qual circunstância a doença foi contraída, sendo uma inversão do ônus da prova em desfavor do trabalhador. Os ministros consideraram ainda que o referido artigo seria incompatível com a finalidade da própria Medida Provisória que objetivava compatibilizar os valores sociais do trabalho, perpetuando o vínculo trabalhista, com a livre iniciativa, tentando manter a sobrevivência das empresas (BRASIL, 2020).

Nesse sentido, para os trabalhadores de serviços essenciais ou expostos a riscos acentuados, presume-se a existência denexo causal da contaminação Covid-19 no local de trabalho. Assim, caberá à empresa o ônus da prova de que cumpriu com todas as medidas de proteção, saúde e segurança no meio ambiente do trabalho para evitar a contaminação do trabalhador. Para os trabalhadores que não laboraram nessas atividades, e que as empresas forneceram equipamentos de proteção e mantiveram um protocolo de segurança, deve o empregado comprovar a contaminação no local de trabalho, gozando então o empregador da presunção de que não se trata de doença contraída no local de laboro (BRASIL, 2020).

Conforme estabelecido no artigo 40.2 da Constituição Espanhola é dever do Estado incentivar uma política que garanta a formação e a readaptação profissional, velando pela seguridade e higiene do trabalho (ESPANHA, 1978). A regulamentação dos acidentes e doenças do trabalho no país europeu estão previstos na Lei Geral de Previdência Social (Ley General de la Seguridad Social) que se insere o regime dos acidentes de trabalho bem como a cobertura dos acidentes de trabalho, no sistema espanhol (ESPANHA, 2015).

Com o advento da Pandemia do COVID-19, o Conselho de Ministros espanhol, aprovou em 14 de março de 2020, o Real Decreto 463/2020, em que o governo declara estado de alarme e estabelece medidas para a propagação do vírus (ESPANHA, 2020). Desde o início da pandemia, várias foram as normativas adotadas para tentar superar o estado de emergência sanitária. Dentro desse contexto, o Ministério da Saúde, o Ministério do Trabalho e Economia Social, Migração e Segurança Social e o Instituto Nacional de Segurança e Saúde Ocupacional publicaram diretrizes e guias de apoio para auxílio ao desenvolvimento das atividades econômicas (SANTANA, 2021).

A Lei de Proteção de Riscos Laborais, no artigo 14 determina que o empregador deve garantir a segurança e a saúde dos trabalhadores em todos os aspectos relacionados ao trabalho. Dessa forma, para o sistema espanhol, se o empregador não cumprir os regulamentos de prevenção de riscos, o que inclui as medidas de contenção ao COVID – 19, ou criou um sério risco de vida, saúde ou integridade física dos trabalhadores, deve submeter-se às penalidades do Real Decreto Legislativo 5/2000, que aprova a Lei sobre Infrações e Sanções na Ordem Social (SANTANA, 2021).

O referido Real Decreto Legislativo impõe severas penalidades pecuniárias para os empresários que não observam a higiene e segurança do local de trabalho, não realizam avaliações de risco, exames médicos e testes periódicos, treinamentos, sendo classificadas em graus mínimo, médio e máximo (ESPANHA, 2020).

No cenário da COVID – 19 adverte Santana (2021) que as consequências para o empregador que infrinja ou omita as normas de saúde e segurança pode ser gravíssima, caso o empregado consiga demonstrar que o contágio ocorreu no local de trabalho. Neste caso, de acordo com o Real Decreto 6/2020, de 10 de março, que adota certas medidas urgentes na esfera econômica e para a proteção da saúde pública, será considerado acidente de trabalho aqueles períodos de isolamento ou contágio de trabalhadores produzidos pela Covid-19 exclusivamente para a coleção do benefício de invalidez temporária do sistema de Previdência Social (ESPANHA, 2020).

No caso dos trabalhadores da saúde, o Real Decreto 19/2020, de 26 de maio, e suas modificações, contida no artigo 9º considerou contingente profissional decorrente acidente de trabalho as doenças sofridas pelo pessoal que presta serviços em centros de saúde ou centros sociais de saúde em decorrência de contágio por COVID-19, estabelecendo o direito à contraprestação. A norma especial protetiva fica em vigor até que as autoridades sanitárias declarem cessada a situação de crise sanitária (MORARU, 2020).

Diante desse sistema de responsabilização do empregador por acidentes e doenças do trabalho, apura-se que no Brasil, conforme dados do Ministério da saúde¹¹, até o dia 1º de março de 2021, foram notificados 144.420 casos suspeitos de COVID-19 em profissionais de saúde no e-SUS-Notifica. Desses casos, 39.510 (27,4%) foram confirmados para COVID-19. As profissões de saúde com maiores registros dentre os casos confirmados por COVID-19 foram técnicos/auxiliares de enfermagem (11.779; 29,8%), seguidos de enfermeiros (6.747; 17,1%), médicos (4.690; 11,9%), agentes e comunitários de saúde (1.941; 4,9%) e farmacêuticos (1.845; 4,7%) (BRASIL, 2021).

Em outro giro, dados do governo da Espanha¹² atualizados em 19 de maio de 2021 atestam que desde 22 de junho de 2020, 3.334.994 casos de COVID-19 foram notificados à Rede Nacional de Vigilancia Epidemiológica (RENAVE). Desses, 52% são mulheres. A faixa etária de 40 a 49 anos é a mais representada, com 17,1% dos casos, seguido do grupo de 50 a 59, com 14,9%. 62,1% dos casos notificados apresentaram sintomas da doença. 76,6% dos diagnósticos foram feitos com técnicas de PCR. 3,5% dos casos são pessoal de saúde ou de saúde social, sendo esta porcentagem significativamente maior entre os mulheres do que homens (5,2% vs 1,6%). O campo de exposição mais frequente é o ambiente doméstico (40,9%). 7,3% de casos foram hospitalizados (ESPANHA, 2021).

As diferentes abordagens governamentais para condução da saúde e economia no Brasil e na Espanha demonstraram que a legislação mais rígida, ações de fiscalização e aplicação de penalidades contribuíram para a manutenção de um meio ambiente do trabalho mais seguro no país europeu.

¹¹ Para maiores informações consultar: Boletim Epidemiológico Especial nº52. Doença pelo Coronavírus COVID-19. Ministério da Saúde Secretaria de Vigilância em Saúde. https://www.gov.br/saude/pt-br/media/pdf/2021/marco/05/boletim_epidemiologico_covid_52_final2.pdf.

¹² Informe nº 78. Situación de COVID-19 en España. Informe COVID-19. 12 de mayo de 2021. Disponível em: <https://www.isciii.es/QueHacemos/Servicios/VigilanciaSaludPublicaRENAVE/EnfermedadesTransmisibles/Paginas/InformesCOVID-19.aspx>.

4 CONCLUSÃO

A pandemia causada pelo COVID – 19 repercutiu negativamente nos países do mundo não apenas na saúde da população, mas também impactou negativamente nas esferas econômicas e sociais. No Brasil e na Espanha, as diferentes estratégias adotadas para a contenção dos impactos da pandemia ocasionaram desfechos diferentes, mas não menos calamitosos.

Considerando a longa duração da pandemia, muitas atividades econômicas precisaram se reorganizar para sobreviverem, outras, devido ao seu caráter essencial nunca pararam de funcionar. Neste contexto, considerando que o meio ambiente do trabalho é o local onde o trabalhador passa a uma considerável parte do seu dia, esse deve ser sadio e hígido independente do empreendimento ou da situação vivenciada.

No contexto do COVID-19 os governos do Brasil e da Espanha, que administravam de maneira diferente, em termos legislativos, os acidentes e adoecimentos do trabalho, deparam-se com a necessidade de regulamentar a situação excepcional e calamitosa em que vivenciavam. Quanto às medidas protetivas aos trabalhadores e o meio ambiente laboral, em análise comparativa entre os dois países, verifica-se que as ações adotadas pelos governos, referentes à legislação já existente e criadas emergencialmente, fiscalização e penalidades trouxeram diferentes desfechos sociais, na saúde e na economia.

Diante disso, verifica-se que o meio ambiente do trabalho hospitalar na Espanha é mais seguro. As penalidades pecuniárias de alto vulto, bem como o entendimento de que o contágio de COVID-19 pelos profissionais expostos ao vírus seria considerado acidente de trabalho geraram expressivos reflexos no número de adoecimento de trabalhadores espanhóis, quando comparados ao Brasil.

No Brasil, que atualmente ainda caminha lentamente no processo de vacinação da população, o vírus circula e adoce inúmeros trabalhadores. Por essa razão, medidas de fiscalização nas empresas, a aplicação de penalidades àquelas que não fornecem um ambiente seguro são urgentes, para poupar vidas e famílias do adoecimento. A dignidade humana se relaciona também com o meio ambiente em que o ser humano convive, como o meio ambiente laboral.

Referências

AMORÓS, Francisco Pérez. Unas reflexiones para el debate sobre el Derecho del Trabajo y la Covid-19: por una realidad más justa. **Relaciones Laborales y Derecho del Empleo**, v. 9, n. 1, 2021. Disponível em: http://ejcls.adapt.it/index.php/rlde_adapt/article/view/943/1164. Acesso em 23 de maio de 2021.

BRASIL. **Poder Executivo**. Ministério da Saúde. Portaria nº 188, de 3 de fevereiro de 2020. Declara Emergência em Saúde Pública de importância Nacional (ESPIN) em decorrência da Infecção Humana pelo novo Coronavírus (2019-nCoV). Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/portaria-n-188-de-3-de-fevereiro-de-2020-241408388>. Acesso em 17 mai 2021.

BRASIL. **Poder Legislativo**. Lei 8213 de 24 de julho de 1991. Lei de Benefícios da Previdência Social; Lei de Cotas para Pessoas com Deficiência. Diário Oficial da União - Seção 1 - 25/7/1991, Página 14809 (Publicação Original). Disponível em:

<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1991/lei-8213-24-julho-1991-363650-norma-pl.html>. Acesso em 22 de maio de 2021.

CALVO, Adriana. O assédio moral institucional e a dignidade da pessoa humana (estudo do assédio moral institucional sob a ótica dos direitos fundamentais). **Revista eletrônica [do] Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região**, Curitiba, PR, v. 2, n. 23, p. 153-174, out. 2013. Disponível em: <https://hdl.handle.net/20.500.12178/95516> acesso em 14 de maio de 2021.

CAMARGO, Thaísa Rodrigues Lustosa de; MELO, Sandro Nahmias. **Princípios de direito ambiental do trabalho**. São Paulo: LTR, 2013.

COMISSÃO EUROPEIA. **Instrumento SURE**. Instrumento europeu de apoio temporário para atenuar os riscos de desemprego numa situação de emergência (SURE). Disponível em: https://ec.europa.eu/info/business-economy-euro/economic-and-fiscal-policy-coordination/financial-assistance-eu/funding-mechanisms-and-facilities/sure_pt. Acesso em 22 ago. 2021.

COSTA, Maria Paula Silva da. Reflexões sobre os fundamentos da responsabilidade civil do empregador nas situações de contaminação do empregado pelo COVID-19. *In: COVID-19 E O DIREITO NA BAHIA*, p. 87. Disponível em: https://www.academia.edu/43586599/COVID_19_E_O_DIREITO_NA_BAHIA_Estudios_da_comunidade_da_UNEB?auto=citations&from=cover_page. Acesso em 21 jun. 2021.

ESPANHA. **Constitución Española**. Sancionada por su Majestad el Rey Don Juan Carlos I ante las Cortes Generales el 27 de diciembre de 1978. (B.O.E., n.º 311-1, de 29 de diciembre de 1978). Aprobada por las Cortes Generales el 31 de octubre de 1978. Ratificada por Referéndum Popular el 6 de diciembre de 1978.

ESPANHA. **Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de prevención de Riesgos Laborales**. BOE» núm. 269, de 10 de noviembre de 1995, páginas 32590 a 32611 (22 págs.).

ESPANHA. **Real Decreto 39/1997, de 17 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de los Servicios de Prevención**. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales «BOE» núm. 27, de 31 de enero de 1997 Referencia: BOE-A-1997-1853.

FARIAS, James Magno Araújo. **Direito Constitucional do Trabalho**. Brasil. LTR. 2016

FRANCO FILHO, Georgenor de Sousa. **Curso de direito do trabalho**. São Paulo. LTR, 2019.

FREITAS, Carlos Machado de et al. Plano de contingência da Fiocruz diante da pandemia da doença pelo SARS-CoV-2 (COVID-19). 2020. **ARCA – Repositório Institucional da Fiocruz**. Disponível em: < <https://www.arca.fiocruz.br/handle/icict/40335> >. Acesso em: 07 de abril de 2020.

GONZÁLEZ, Ángela Santana. **La Prevención de Riesgos Laborales en oficinas en tiempos de Covid-19**. Trabajo de conclusión Grado en Relaciones Laborales Facultad de Derecho Universidad de La Laguna. 2021.

GONZÁLEZ, Guillermo García. **Orígenes y fundamentos de la prevención de riesgos laborales en España (1873-1907)**. Tese de doutorado. Universitat Autònoma de Barcelona, 2008.

GORMSEN, Niels Joachim; KOIJEN, Ralph SJ. Coronavirus: Impact on stock prices and growth expectations. **The Review of Asset Pricing Studies**, v. 10, n. 4, p. 574-597, 2020. Disponível em: <https://academic.oup.com/raps/article/10/4/574/5904278?login=true>. Acesso em 18 mai de 2021.

GROS, Daniel; ALCIDI, Cinzia; CORTI, Francesco. Lecciones de las crisis en la UE: de la estabilidad a la solidaridad. **Anuário Internacional CIDOB 2021**. Disponível em: https://www.cidob.org/articulos/anuario_internacional_cidob/2021/lecciones_de las_crisis_en_la_ue_de_la_estabilidad_a_la_solidaridad. Acesso em 20 ago. 2021.

GUSMÃO, Xerxes. Precarização do meio ambiente do trabalho em tempos de pandemia de Covid-19. **Laborare**, v. 4, n. 6, p. 69-89, 2021. Disponível em: <https://revistalaborare.org/index.php/laborare/article/view/61/73>. Acesso em: 22 de maio de 2021.

GUSMÃO, Xerxes. Precarização do meio ambiente do trabalho em tempos de pandemia de Covid-19. **Laborare**, v. 4, n. 6, p. 69-89, 2021. Disponível em: <https://www.revistalaborare.org/index.php/laborare/article/download/61/86?inline=1>. Acesso em 2º jun. 2021.

MAENO, Maria. Doenças ocupacionais relacionadas à pandemia de covid-19: fatores de risco e prevenção. **Revista do Tribunal do Trabalho da 2. Região: N. 25 (2021)**, 2021. Disponível em: https://basis.trt2.jus.br/bitstream/handle/123456789/13988/maeno_maria_doencas_ocupacionais.pdf?sequence=4. Acesso em: 22 de maio de 2021.

MAZZUCHELLI, Ramón et al. Democracia y mortalidad por Covid-19 en Europa. **Rev Esp Salud Pública**, v. 94, n. 24, p. 24, 2020. Disponível em: https://www.researchgate.net/profile/Ramon-Mazzucchelli/publication/342448913_Democracy_and_Covid-19_mortality_in_Europe/links/5f16ea59299bf1720d56b3be/Democracy-and-Covid-19-mortality-in-Europe.pdf. Acesso em 14 de mai 2021.

MELO, Raimundo Simão de. **Direito ambiental do trabalho e saúde do trabalhador: responsabilidades legais, dano material, dano moral, dano estético, indenização pela perda de uma chance, prescrição**. 4ª edição. São Paulo, LTr, 2010.

MORARU, Gratiela Florentina. La transformación de las relaciones de trabajo en la emergencia sanitaria del COVID-19. **IUSLabor. Revista d'anàlisi de Dret del Treball**, n. 3, 2020. Disponível em: <https://www.raco.cat/index.php/IUSLabor/article/view/374248/471453>. Acesso em 23 de maio de 2021.

MORARU, Gratiela Florentina. La transformación de las relaciones de trabajo en la emergencia sanitaria del COVID-19. **IUSLabor. Revista d'anàlisi de Dret del Treball**, n. 3, 2020. Disponível em: <https://www.raco.cat/index.php/IUSLabor/article/view/374248>. Acesso em 17 mai 2021.

NAHAS, Thereza C.; MARTINEZ, Luciano. Considerações sobre as medidas adotadas pelo Brasil para solucionar os impactos da pandemia do COVID-19 sobre os contratos de trabalho e no campo da Seguridade Social e da de prevenção de riscos laborais. MARANHÃO, Ney Stany Morais (org.). In: **O Direito do Trabalho na crise da Covid-19**. Salvador: JusPodivm, 2020. p. 101-112. Disponível em: <https://especial.editorajuspodivm.com.br/ebook-direito-trabalho-covid19>. Acesso em 17 maio 2020.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de Direito do Trabalho**. 15. ed. São Paulo : Saraiva, 2003.

NIETO, Joaquín. Enfermedades laborales, una pandemia que requiere prevención. **Med. segur. trab.**, Madrid, v. 60, n. 234, p. 1-3, março 2014 . Disponível em: http://scielo.isciii.es/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0465-546X2014000100001&lng=es&nrm=iso. Acesso em: 22 maio 2021.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO (OIT). **Convenção 148 sobre contaminação do Ar, Ruído e Vibrações**. Genebra, 1977. Disponível em: https://www.ilo.org/brasilia/convencoes/WCMS_236121/lang--pt/index.htm. Acesso em 26 de maio de 2021.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO (OIT). **Convenção 155 sobre a Segurança e Saúde dos Trabalhadores**. Genebra, 1981. Disponível em:

https://www.ilo.org/brasil/convencoes/WCMS_236163/lang--pt/index.htm. Acesso em 22 de maio de 2021.

PADILHA, Norma Sueli. O equilíbrio do meio ambiente do trabalho: direito fundamental do trabalhador e de espaço interdisciplinar entre o direito do trabalho e o direito ambiental. **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**, São Paulo, v. 77, n. 4, p. 231-258, out./dez. 2011. Disponível em: <https://juslaboris.tst.jus.br/handle/20.500.12178/28356>. Acesso em 12 de maio de 2021.

PRATA, Marcelo Rodrigues. **O direito ambiental do trabalho numa perspectiva sistêmica**. São Paulo. LTR Editora, 2013.

ROCHA, Antônio Glauter Teófilo da et al. Rastreamento de contatos como ferramenta de combate à transmissão do SARS-COV-2: benchmark internacional, soluções tecnológicas e considerações éticas. **NOMOS**, p. 99. Disponível em: <http://periodicos.ufc.br/nomos/article/view/43952>. Acesso em 22 ago. 2021.

SCUDELER, Mateo; AMARAL, Ângela Fernandes de Castro; OLIVEIRA, João Pedro Dutra Pietricovsky de. Trabalho e fiscalidade em tempos de crise pandêmica: Regulação legal excepcional no Brasil e na Europa. **Revista dos Estudantes de Direito da Universidade de Brasília**, v. 1 n. 17 (2020). Disponível em: <https://periodicos.unb.br/index.php/redunb/article/download/30790/26675/78333>. Acesso em 18 mai de 2021.

World Health Organization (WHO). Coronavirus disease 2019 (COVID-19) – Situation Report 56. Geneve: WHO [Internet]. 2020 [cited 2020 Mar 23]. Disponível em: <https://www.who.int/docs/default-source/coronaviruse/situation-reports/20200311-sitrep-51-covid-19.pdf>. Acesso em 14 de mai 2021.



A LUTA PELO RECONHECIMENTO INTERNACIONAL DO REFUGIADO AMBIENTAL JUNTO AO COMITÊ DE DIREITOS HUMANOS DA ONU: O CASO DE IOANE TEITIOTA, DE KIRIBATI

*Alichelly Carina Macedo Ventura*¹,
*Sidney Cesar Silva Guerra*²,
*Milena Fontoura Monteiro*³

RESUMO

Desde a década de setenta, as questões ambientais têm sido foco de debates internacionais, uma vez que essas questões e seus desdobramentos passaram a afetar diretamente a ordem político-econômica e social dos países. Tendo o aquecimento global como principal objeto de análise, diversos acordos foram construídos e monitoramentos passaram a ser feitos, principalmente no que se refere aos efeitos para os seres humanos. O aquecimento do planeta e, por consequência, o derretimento de calotas polares, ocasiona o aumento dos oceanos, pondo em risco a existência de ilhas e de diversas cidades costeiras, o que tem provocado problemas de subsistência nesses locais, além de crescente mobilidade humana. Nesse contexto, o artigo propõe-se a estudar a

¹ Mestre em Direito Ambiental pelo Programa de Pós-Graduação em Direito Ambiental da Universidade do Estado do Amazonas. Possui pela especialização em Direitos Humanos pela Academia de Direitos Humanos da Washington College of Law - American University. Advogada. É professora e Coordenadora de Projetos de Extensão da Faculdade de Direito da Universidade Luterana - Manaus. Professora dos cursos de Pós-Graduação da Escola Superior da Advocacia - Amazonas. Foi professora na Universidade Federal do Amazonas. Foi professora da Faculdade Metropolitana de Manaus, do Centro Universitário do Norte - UNINORTE e na Faculdade Martha Falcão - DeVry. Atuou como professora convidada da Universidade Javeriana em Bogotá, na Colômbia. Coordenou o Grupo de Estudos do Sistema Interamericano de Direitos Humanos da Universidade Federal do Amazonas. [É membro do Comitê Estadual de Tráfico de Pessoas, Refúgio e Migração. É conselheira no Conselho de Direito das Águas e Comissão de Relações Internacionais da OAB Amazonas. Faz parte do Grupo de Pesquisa de Direito Civil Contemporâneo na Amazônia da Universidade Federal do Amazonas.

² Pós-Doutor pelo Centro de Estudos Sociais (CES) - Universidade de Coimbra; Visiting Researcher pela Stetson University Law School. Pós-Doutor em Cultura pelo Programa Avançado de Cultura Contemporânea - Universidade Federal do Rio de Janeiro (PACC/UFRJ); Pós-Doutor em Direito - Universidade Presbiteriana Mackenzie (SP). Possui Doutorado, Mestrado e Especialização em Direito. Professor Titular da UFRJ e Permanente do Programa de Pós-Graduação em Direitos Humanos (Doutorado e Mestrado) da Faculdade Nacional de Direito - Universidade Federal do Rio de Janeiro (FND/UFRJ). Professor Titular da Universidade do Grande Rio (UNIGRANRIO) e Professor do Programa de Pós Graduação em Direito Internacional (Doutorado e Mestrado) na Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Professor do Programa de Pós Graduação em Direito - Universidade Cândido Mendes (PPGD-UCAM). Professor Convidado de várias Instituições de Estudo Superior no Brasil e no exterior. Vice Presidente da Comissão de Educação da Ordem dos Advogados do Brasil - Rio de Janeiro (OAB/RJ - 2019 x 2020).

³ Pós-Doutoranda em Direitos Humanos pela Universidade de Salamanca/Espanha (2021). Doutora pela Escola de Serviço Social da UFRJ (2013). Mestre em Ciências Penais - pela Universidade Candido Mendes/RJ (2005). Advogada. Possui Graduação em Direito pela Universidade Candido Mendes/RJ (2002). Avaliadora ad hoc INEP/MEC para os Cursos de graduação em Direito. Professora Substituta de Direito Penal, Legislação Especial Penal e Política de Drogas na Faculdade Nacional de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro - 2015 a 2017. Professora de Direito Penal, Processo Penal e Direitos Humanos da Unigranrio/RJ. Professora Convidada da Escola de Gestão Penitenciária do Rio de Janeiro na disciplina de Criminologia no curso de aperfeiçoamento de Dirigentes da SEAP. Ex-delegada da Comissão de Direitos Humanos e Assistência Judiciária da Ordem dos Advogados do Brasil/RJ (2007).

postulação de refúgio ambiental proposta por um cidadão de Kiribati, conjunto de ilhas que é hoje uma das mais afetadas pelo aumento do volume das águas dos oceanos. A petição foi analisada pelo Comitê de Direitos Humanos das Nações Unidas e se coloca como importante precedente em matéria de meio ambiente e seus efeitos para os seres humanos, principalmente quanto a fundamentação utilizada e os fatos narrados no pedido. Pautando-se na análise qualitativa, o estudo pretende ser descritivo, a partir, essencialmente, dos métodos bibliográfico e documental. Desta forma, será dividido nos seguintes tópicos: a discussão sobre o conceito de refugiado ambiental e sua possível aceitação como nova categoria de refúgio; o histórico de Kiribati e sua atual situação no que se refere às mudanças climáticas e impactos à sobrevivência do povo dessas ilhas; e uma análise sobre a petição proposta por Ioane Teitiota junto ao Comitê de Direitos Humanos da ONU, como solicitante de refúgio na Nova Zelândia.

Palavras-chave: Refúgio Ambiental. Kiribati. Nações Unidas.

GENDER AS FUNNEL? THE GENDER “GAP” BETWEEN LAW EDUCATION AND JUDICIAL INSTITUTIONS

ABSTRACT

Since the 1970s, environmental issues have been the focus of international debates, as these issues and their consequences have directly affected the countries' political, economic and social order. With global warming as the main object of analysis, several agreements were built and monitoring started to be done, mainly with regard to the effects on human beings. The warming of the planet and, consequently, the melting of polar ice caps, causes the increase of the oceans, putting at risk the existence of islands and several coastal cities, which has caused problems of subsistence in these places, in addition to increasing human mobility. In this context, the article proposes to study the postulation of an environmental refuge proposed by a citizen of Kiribati, a group of islands that is today one of the most affected by the increase in the volume of ocean waters. The petition was analyzed by the United Nations Human Rights Committee and is an important precedent in terms of the environment and its effects on human beings, especially regarding the reasoning used and the facts narrated in the request. Based on qualitative analysis, the study intends to be descriptive, based essentially on bibliographic and documentary methods. Thus, it will be divided into the following topics: the discussion on the concept of environmental refugee and its possible acceptance as a new category of refuge; Kiribati's history and current situation with regard to climate change and impacts on the survival of the people of these islands; and an analysis of the petition proposed by Ioane Teitiota before the UN Human Rights Committee, as an asylum seeker in New Zealand.

KEYWORDS: Environmental Refuge. Kiribati. United Nations.

1. INTRODUÇÃO

De grande relevância e urgência a análise dos desdobramentos mais recentes das discussões acerca da proteção internacional das pessoas forçadas a se deslocarem de seus países de origem em razão de catástrofes ambientais e/ou fenômenos ambientais de grandes proporções. Isso porque a decisão do Comitê de Direitos Humanos da ONU, em janeiro de 2020, no Caso *Ioane Teitiota versus Nova Zelândia*, promete dar novos contornos à questão, ao admitir o reconhecimento do status de refugiado a pessoas cujas vidas estejam ameaçadas por catástrofes ambientais.

Deve-se registrar o ineditismo da postura do Comitê, uma vez que temática semelhante foi apresentada quando do terremoto do Haiti, em 2010, que destruiu a

cidade de Porto Príncipe e adjacências. Para se ter uma ideia do tamanho da catástrofe, até o presente momento, 2021, as cidades ainda se encontram em reconstrução.

Assim, o presente artigo será dividido em três partes. Em primeiro lugar, serão destacadas algumas das discussões atualmente existentes a respeito da admissibilidade ou não do status de refugiado ambiental.

O tópico seguinte apresentará, em linhas gerais, as características (geográficas, populacionais etc) da República de Kiribati, país de origem de Ioane Teitiota, que é o autor da reclamação junto ao Comitê de Direitos Humanos da ONU. Nesse contexto, inúmeros estudos apontam que a República de Kiribati, país pouco conhecido formado por um conjunto de 33 ilhas na parte central do oceano Pacífico, na Oceania, com população estimada de 111.000 habitantes (dados de 2016), poderá ficar inabitável em 15 anos e desaparecerá em razão do aumento do nível do mar, consequência das mudanças climáticas.

Em seguida será objeto de apreciação a decisão do Comitê de Direitos Humanos da ONU no *Caso Ioane Teitiota versus Nova Zelândia*, no qual o autor da reclamação faz uma comunicação de violação de seu direito à vida por parte da Nova Zelândia, após esse país, tendo rejeitado seu pedido de status de refugiado ambiental – fundamentado nas graves consequências e riscos à vida, à saúde e à subsistência sofridos pelo autor da comunicação e sua família em seu país de origem, devido aos efeitos do aquecimento global, em especial o aumento considerável do nível do mar na Ilha -, realizou sua deportação para Kiribati em setembro de 2015.

A metodologia utilizada será a de pesquisa descritiva com a finalidade de analisar os estudos da matéria ambiental reflexa e direta, partindo de uma revisão bibliográfica composta pelos principais autores da área, e de objetos empíricos como o caso de Kiribati no Comitê de Direitos Humanos da ONU. Propõe-se traçar um raciocínio para entender a decisão proferida, tendo como base seus próprios elementos e argumentos. O estudo terá caráter essencialmente qualitativo, com ênfase na observação e estudo documental da ONU e do ACNUR, ao mesmo tempo que será necessário o cruzamento dos levantamentos com toda a pesquisa bibliográfica já feita.

2 DISCUSSÕES SOBRE A TUTELA JURÍDICA DO REFUGIADO AMBIENTAL

A palavra “asilo” tem sua origem na Grécia Antiga, local onde foi de grande valia e de extenso uso, tendo sempre um caráter de inviolabilidade, onde o perseguido podia encontrar proteção para sua vida.

Para Ramos a palavra asilo “vem do termo grego ‘ásilon’ e do termo do latim ‘asylum’, significando lugar inviolável, tempo, local de proteção e refúgio” (ACNUR, 2011, p. 16). Entende-se, assim, que, embora haja certa discordância quanto à etimologia da palavra, o termo asilo traz a noção de busca por proteção, fuga para um lugar seguro, que resguarde a vida do indivíduo.

O contingente de refugiados nunca deixou de existir, o que passou a chamar atenção da comunidade internacional. Ocorre que tal fato ganhou a notoriedade merecida no século XX, em virtude do aumento da quantidade de refugiados, que passou a ser de milhões, bem como a dificuldade de encontrar Estados que aceitassem

o instituto do refúgio, o que não ocorria anteriormente, pois os Estados, pelo menos até 1648, não eram divididos como Estados-nações.

Numericamente, Hobsbawm (1995, p. 58) detalha que “A Primeira Guerra Mundial (1914-1917) e a Revolução Russa (1917) constituem-se marcos históricos iniciais em relação ao tema dos refugiados, estimando-se que no período de 1914 a 1922 o número de refugiados gerados por esses conflitos oscile entre 4 a 5 milhões de pessoas”. Ainda nesse mesmo sentido, Hobsbawm (1995, p. 58) observa que “a primeira enxurrada de destroços humanos foi o mesmo que nada diante do que se seguiu à Segunda Guerra Mundial, ou da desumanidade com que foram tratados. Estimou-se que em maio de 1945 havia talvez 40,5 milhões de pessoas desenraizadas na Europa”.

Como resultado, após a criação das Nações Unidas em 1945, e ainda no constante aparecimento de novas crises de refugiados na década de 1950, percebeu-se necessária a criação de uma convenção para regulamentar a vida dessas pessoas: a Convenção de 1951.

Percebeu-se, quase que de imediato, a necessidade de se ampliar dos limites temporais e geográficos das disposições da Convenção de 1951 da ONU. Por consequência, foi elaborado o protocolo acima mencionado, que atuaria de forma adicional à Convenção.

Trata-se, em verdade, de um instrumento independente à Convenção de 1951 ainda que esteja integralmente relacionado com a mesma, pois amplia o conceito de Refugiado para além das fronteiras fixadas na referida Convenção, bem como o tempo de sua vigência.

Por oportuno, impende assinalar que no Continente Americano a produção normativa acerca da proteção do refugiado ocorreu de forma significativa. Isso porque a OEA desenvolveu diretrizes para conduzir a temática migratória na região, principalmente no que diz respeito à consagração do asilo.

Nesse sentido, têm-se dois marcos importantes em matéria de mobilidade humana: o Parecer Consultivo nº 18 da Corte IDH sobre o direito dos migrantes indocumentados (CORTE, 2003); e o Parecer Consultivo nº 21, também da Corte IDH sobre as garantias de direitos às crianças migrantes (CORTE, 2014). Ainda no âmbito da OEA é possível encontrar as Declarações de Cartagena e San José, que são marcos na luta pela ampliação do conceito de refugiado, inclusive no que concerne ao tratamento do refugiado ambiental.

Vale destacar que, de maneira concomitante, a preocupação com o cenário ambiental decadente e que já trazia impactos para o ser humano, era tratada em conferências internacionais e com a designação de *experts* para mapeamento das consequências da mudança do clima.

Nesse processo evolutivo pelo qual o direito internacional passou, observou-se que, periodicamente, havia a reafirmação do compromisso de proteção dos direitos humanos, no plano interno e internacional, ao buscar a manutenção e a prevalência da dignidade humana. Entretanto, tal fato era seguido da identificação de lacunas existentes, de forma a criar novas estratégias de proteção.

Com efeito, a ocorrência cada vez mais comum de catástrofes ambientais, seja por interferência antrópica ou causas naturais, faz com que grupos de pessoas se desloquem para estabelecer habitação em outros locais, e isso já era percebido desde a década de 80.

Embora o fenômeno do deslocamento por motivos ambientais não seja novo, hodiernamente tem-se observado a intensificação desse tipo de fluxo migratório, o que enseja a discussão jurídica a respeito de sua inclusão enquanto categoria de maneira cada vez mais frequente e ativa (GUERRA, 2015).

O termo “refúgio ambiental” foi popularizado em 1985 pelo autor egípcio Essam El-Hinnawi, professor do *Egyptian National Research Centre*, no Cairo. Segundo o autor (1985):

(...) aquelas pessoas que foram forçadas a abandonar seu habitat tradicional, temporária ou permanentemente, devido a uma grave interrupção ambiental natural ou desencadeada por pessoas, que comprometeram sua existência e afetaram seriamente a qualidade de sua vida. "Interrupção ambiental" significa qualquer mudança física, química ou biológica no ecossistema (ou a base de recursos) que o representam, temporariamente ou permanentemente, impróprios para suportar a vida humana.

A Convenção da ONU de 1951 estabelece as hipóteses e situações consideradas como ensejadoras de refúgio (GUERRA, 2015) e, portanto, há uma discussão acerca da existência dos refugiados ambientais enquanto categoria migratória, tendo em vista que não são contemplados diretamente na Convenção⁴.

Nessa lógica, Astri Suhrke destaca que existem duas perspectivas quanto a temática do refugiado ambiental, a minimalista e a maximalista. A primeira, segundo a autora, entende que a degradação ambiental por si só não é um fator determinante para categorizar o refúgio, estando atrelada a outros fatores, como os econômicos e sociais. A segunda, por sua vez, considera a degradação ambiental como causa imediata da mobilidade humana (SUHRKE, 1993)

A partir dessas duas perspectivas, podem-se citar autores (GUERRA, 2008), que sustentam o uso da terminologia “refugiado ambiental” (GUERRA, 2018) e outros que entendem não ser cabível. Nesta esteira Stephen Castles (2002) afirma a inadequação da noção de refugiado ambiental. Para o autor, a questão central do problema talvez não seja a mudança ambiental, mas a capacidade de diferentes comunidades e países em lidar com isso. Dessa forma, o problema seria principalmente político-social e não ambiental.

José Antônio Tietzmann e Silva (2017), por sua vez, em defesa da existência de uma categoria de refugiados por razões ambientais argumenta que “mesmo que os motivos que tenham ensejado o processo migratório decorram de interesses pessoais,

⁴ A Convenção relativa ao estatuto dos refugiados de 1951 define refugiado como qualquer pessoa que: "foi considerada refugiada nos termos dos ajustes de 12 de maio de 1926 e de 30 de junho de 1928, ou das Convenções de 28 de outubro de 1933 e de 10 de fevereiro de 1938, além do Protocolo de 14 de setembro de 1939, ou ainda da Constituição da Organização Internacional dos Refugiados; as decisões de inabilitação tomadas pela Organização Internacional dos Refugiados durante o período do seu mandato não constituem obstáculo a que a qualidade de refugiados seja reconhecida a pessoas que preenchem as condições previstas no “§ 2º da presente seção”. Uma pessoa que, sem razão válida fundada sobre um temor justificado, não se houver valido da proteção de um dos países de que é nacional, não será considerada privada da proteção do país de sua nacionalidade.

familiares, sociais, condições econômicas etc. das pessoas, desde que haja um motivo preponderante que se vincule à degradação substancial das condições do ambiente em que viviam, estar-se-á diante de migrantes ambientais” (SILVA, 2017). Assim, ainda que existam outros fatores, ao prevalecer razões ambientais, a existência dessa categoria não deve ser desconsiderada.

Há quem defenda (CLARO, 2017) essa categorização, tendo em conta que a Convenção preceitua o conceito de refugiados para os fins daquela Convenção. Logo, segundo este entendimento, não deve haver óbice ao uso do termo refugiado em outro contexto. Esses indivíduos seriam, então, refugiados não convencionais dado que são refugiados, mas não se encontram entre os preceituados pela Convenção da ONU.

A respeito dessa controvérsia existente quanto a melhor denominação, Álvaro Mirra (2017) explica que duas estratégias são pensadas sob o enfoque do direito internacional. A primeira delas é a modificação de instrumentos convencionais já existentes, como a já mencionada Convenção da ONU. A segunda estratégia, é elaborar uma nova convenção internacional específica sobre o assunto. Nesse sentido, aponta que existe um Projeto de Convenção Internacional sobre o Estatuto Internacional dos Deslocados Ambientais (PROJET DE CONVENTION RELATIVE AU STATUT INTERNATIONAL DES DÉPLACÉS ENVIRONNEMENTAUX), elaborado por um grupo de juristas do direito ambiental e direitos humanos ligados à Universidade de Limoges, na França. Assim, seria consagrado um estatuto jurídico específico para os deslocados ambientais, ao não se restringir em âmbito regional, mas disponível a adoção de todos os países.

Tal solução não encontraria amparo no contexto atual, visto que os países, principalmente após o início da pandemia ocasionada pelo COVID-19, não têm respeitado as convenções relativas ao refúgio, mormente as recomendações da ONU e da OEA sobre a matéria. O crescente mundo individualista e os interesses capitalistas tem causado a violação dos Direitos Humanos de forma massiva e aparentemente despreocupada pelos países (HARARI, 2018, p. 83).

Carolina Claro (2017) esclarece que é importante o reconhecimento e categorização dessas pessoas, tendo em vista que são migrantes em condições de vulnerabilidade, o que gera a necessidade de garantia de direitos e obrigações, principalmente por parte dos Estados.

Contudo, há de se destacar que enquanto não exista essa categorização, outros meios gerais de garantias de direitos não devem ser desconsiderados. Nesse sentido, apesar de não haver proteção específica em âmbito internacional, no intento de garantir o gozo e o exercício dos direitos da pessoa humana, é preciso considerar a complementariedade da proteção existente no direito internacional geral por meio de outros mecanismos como o Direito Internacional dos Direitos Humanos, o Direito internacional dos refugiados, o Direito internacional Humanitário, o Direito Internacional das migrações, o Direito Internacional do Meio Ambiente, o Direito internacional das Mudanças Climáticas e o Direito dos Desastres Ambientais, como uma forma alternativa de proteção diante do hiato existente (CLARO, 2017, p. 87).

Nessa perspectiva, Erika Ramos pontua que os migrantes por motivos ambientais precisam de um regime internacional de proteção, pois apenas lhes é oferecida uma proteção jurídica reflexa.

A despeito da existência de outros meios distintos de proteção, ainda assim se faz necessário pensar em uma tutela específica a esse grupo de pessoas, levando-se em conta suas peculiaridades e garantindo, assim, maior amparo jurídico. Ramos (2011, p. 70) ressalta que essa categoria continua em situação de indefinição jurídica, pois não se beneficiam da proteção definida pelo regime convencional existente e também não há um regime internacional de proteção específico para pessoas nessa condição.

Norman Myers, por sua vez, chama a atenção para o fato de que o reconhecimento dessa categoria pode voltar a atenção ao número de pessoas que sofrem com essa questão e, conseqüentemente, a uma análise e preocupação maior com os danos causados ao meio ambiente (MYERS, 2005, p. 03).

O referido autor analisa o refúgio ambiental como uma questão de segurança, pois, embora derive principalmente de questões ambientais, gera inúmeros problemas de caráter político, econômico e social nos países que recebem essas pessoas. Com isso, poderia facilmente se tornar uma causa de turbulência e confronto, levando a conflitos e violência.

Nessa lógica, o Painel Intergovernamental sobre Mudanças Climáticas, o Conselho Consultivo de Ciências da ONU, projeta um aumento no número de deslocados ao longo deste século. De acordo com o IPCC, as mudanças climáticas irão forçar as pessoas ao deslocamento, aumentar a pobreza e majorar os fatores que levam ao conflito, tornando ainda mais complexas as necessidades humanitárias e as respostas nessas circunstâncias (2005).

Diante de situações semelhantes às narradas acima, Myers (MYERS, 2005, p. 03) defende a necessidade de políticas preventivas à necessidade de migrar e, para isso, a questão do meio ambiente não deve ser ignorada. De igual modo, não devem ser negligenciados os refugiados ambientais pelo fato de não existir uma forma institucionalizada de lidar com eles.

O surgimento deste meio formal, principalmente pelo reconhecimento como categoria de refugiados, ocasionará algumas conseqüências. A primeira, conforme acentua Claro, que os deslocados ambientais por não estarem incluídos no rol da ONU de refugiados, não contam com a proteção que este instituto pode conferir, como por exemplo, a garantia de não devolução por parte do Estado que o recebeu, o já mencionado princípio do *non refoulement* (CLARO, 2015, p. 123).

Nessa lógica, os Estados não podem impedir a entrada de refugiados, mas de estrangeiros comuns, o que torna os deslocados ambientais ainda mais frágeis, dada essa discricionariedade existente por parte do Estado. Isto posto, é possível inferir que o reconhecimento dessa categoria proporcionará meios mais efetivos de assistência, pois haverá uma vinculação do Estado em prestá-la. Mas, deve-se chamar atenção mais uma vez: o cenário não se encontra propício a uma nova categorização internacional.

Ocorre que, como destaca Myers (2005, p. 03), os países desenvolvidos não tem demonstrado satisfação com o grande fluxo de migrantes e muitos desses já têm

tomado medidas de restrição. Neste sentido, o alargamento do conceito tradicional de refugiado proporcionaria aumento significativo das responsabilidades internacionais de várias nações, o que não é visto de forma positiva por muitas dessas.

Com isso, se por um lado existe a demanda de um grupo que carece de amparo jurídico específico, por outro existem Estados e populações que precisam se adequar a essa realidade. Em outras palavras, o reconhecimento do refúgio ambiental trará diversas consequências, tanto para aqueles que precisam dessa proteção, como para os Estados que precisarão se adaptar para receber mais esse contingente de pessoas. Tal circunstância pode causar resistência em alguns países em aderir a formalização da categoria aqui tratada.

Ademais, imperioso mencionar que por meio da formalização desse grupo, será possível realizar melhor controle de quantas pessoas são forçadas a mudar por essa causa. Esses números ajudarão a compreender as proporções que essa modalidade de refúgio vem tomando. A partir disso, será possível demonstrar à comunidade global a necessidade de aplicação dos tratados de proteção ambiental. Mas a formalização pode se dar pelo entendimento de um rol exemplificativo presente no artigo primeiro da Convenção de 1951. Inclusive, o Brasil, ao ratificar a Convenção, trouxe um adendo ao conceito de refugiado na Lei n. 9.474, em seu artigo primeiro: toda violação de direitos humanos é causa para solicitação e concessão de refúgio.

Sem embargo, muito embora não haja ainda o reconhecimento jurídico no plano global da situação que envolve o refugiado ambiental, deve-se destacar a decisão do Comitê de Direitos Humanos da ONU que envolveu o Sr. Ioane Teitiota, nacional, de Kiribati, que contempla esta questão e a ampliação do conceito de refúgio, conforme será demonstrado.

3 KIRIBATI: UMA REALIDADE NÃO TÃO DISTANTE

Antes de adentrar no caso que envolveu o Sr. Ioane Teitiota junto ao Comitê de Direitos Humanos da ONU, importante apresentar, ainda que de maneira não exaustiva, seu Estado de origem - a República de Kiribati, um país considerado superpovoado (em razão do seu tamanho) que poderá ficar inabitável em 15 anos e até mesmo vir a desaparecer em razão do aumento do nível do mar em decorrência das mudanças climáticas⁵.

Kiribati é constituído por um conjunto de 33 ilhas na parte central do [oceano Pacífico](#), na [Oceania](#). A maioria das ilhas é formada por atóis baixos ou recifes de coral que cercam uma laguna. [Bairiki](#), no atol de Tarawa, é a capital e centro do poder executivo do país; Ambo e Betio são os centros legislativo e judicial, respectivamente. Kiribati tem 111.000 habitantes (estimativa de 2016), e a área total das ilhas é de 811 km².

O país se espalha pelo Pacífico central, cruzado pelo equador e anteriormente pela Linha Internacional de Data, com a maioria dos outros países insulares da Commonwealth Pacific a seu sul. Suas 33 ilhas estão espalhadas por 5,2 milhões de quilômetros quadrados de oceano. Existem três grupos de ilhas: 17 ilhas Gilbert (incluindo Banaba), oito ilhas Line e oito ilhas Phoenix. A extensão norte / sul é de 2.050

⁵ Neste sentido, vide reportagem da BBC que encontra-se disponível em <https://www.bbc.com/portuguese/internacional-51197329>

km. Kiritimati (antiga Ilha Christmas) é o maior atol de corais do mundo (388 quilômetros quadrados). Kiritimati, a leste, fica a 3.780 km de Banaba (anteriormente Ocean Island), a oeste.⁶

Segundo informações colhidas sobre sua formação (PORTAL SÃO FRANCISCO) o país teria sido fundado pelos primeiros Austronesian antes do século 1. Fijianas e tonganeses chegaram por volta do século 14 e, posteriormente, fundiram-se com os grupos mais velhos para formar a tradicional sociedade e cultura da Kiribati Micronésia. As ilhas foram inicialmente um protetorado britânico desde 1892, e se tornou uma colônia da coroa entre 1915-1916. Kiritimati Atoll (Natal) tornou-se uma parte da colônia em 1919, as ilhas Phoenix foram adicionados em 1937.

Nesse primeiro cenário apresentado, pode-se reconhecer fatores similares, como por exemplo, o Haiti. Foram colônias exploradas e deixadas à margem da pobreza e do pouco desenvolvimento, assim que não serviram mais para os interesses dos invasores. Nessa esteira, são cabíveis algumas indagações: seria coincidência ambos sofrerem os efeitos das mudanças climáticas que ensejam uma verdadeira catástrofe ambiental? Seria coincidência a pouca estrutura de ambos devido a ausência de cooperação internacional para evitar ou amenizar catástrofes?

Kiribati é composta de atóis de coral em uma cadeia vulcânica submersa, sendo certo que não há em seu território mais do que dois metros acima do nível do mar, com exceção de Banaba, um afloramento de coral que atinge a altura de 80 metros. Quanto ao Haiti, evidencia-se que o país está localizado sob a fissura de duas placas tectônicas. Ambas são situações conhecidas e monitoradas pelo mundo. Apesar disso, por que não são tomadas providências?

Quanto ao clima, varia de equatorial marítimo (ilhas centrais) a tropical no norte e sul. Há pouca variação de temperatura: de uma média de 29 ° C no sul de Gilberts a 27 ° C nas Ilhas da Linha, caindo menos de 1 ° C nos meses mais frios. A umidade é constante entre 70 e 90%. Os ventos alísios do noroeste sopram entre março e outubro. De novembro a abril, ocorrem chuvas fortes ocasionais e ventos fortes, embora Kiribati esteja fora do cinturão de ciclones. Os padrões de chuva variam consideravelmente de ano para ano; a seca é um perigo constante. No Haiti, devido à exploração de maneira irresponsável das florestas, os ventos com mais de 80km são suficientes para criar um estado de calamidade.

Em 1997, Kiritimati foi devastada pelo El Niño, que segundo cientistas que estudam a ilha, com as fortes chuvas, houve aumento de meio metro no nível do mar e inundações extensas, tendo sido destruídos 40% dos corais e a população de 14 milhões de aves, considerada a mais rica do mundo, abandonou a ilha. Em fevereiro de 2005, as águas do oceano devastaram algumas aldeias, destruindo terras agrícolas e contaminando poços de água doce (THE COMMONWEALTH, 2020).

O ACNUDH, em seu relatório com a colaboração da Plataforma sobre Deslocamento por Desastres (PDD), listou que a vulnerabilidade de muitos Estados insulares do Pacífico é evidente, tendo em vista que grandes superfícies de terra encontram-se próximas do nível do mar. Os Estados compostos, principal ou completamente, por atóis, como é o caso da República de Kiribati, correm especial

⁶ Em tradução livre. Informações disponíveis em <https://thecommonwealth.org/our-member-countries/kiribati>

perigo, como consequência do aumento do nível do mar. Na região, várias áreas e seus habitantes encontram-se em situação de maior vulnerabilidade frente aos efeitos do câmbio climático: zonas urbanas, atóis, comunidades costeiras, ribeirinhas e próximas dos deltas, e lugares propensos a secas. A pressão demográfica, os problemas de desenvolvimento e saneamento, e a atual escassez de água e diminuição da produção agrícola agravam os riscos criados pela mudança climática (ACNUDH, 2020, p. 43-45).

Inclusive, conforme destacado pelo ACNUDH, diversos Estados, mesmo desejosos em permanecer em suas terras, têm sido listados como sendo futuros locais de deslocamento populacionais, uma vez que seus territórios desaparecerão (ACNUDH, 2020, p. 48).

Sem embargo, não se trata de coincidência e alguns fatores foram elencados acima; a economia de Kiribati é precária – assim como a de todos os países que se encontram como destinatários da desigualdade ambiental – fator que, somado aos problemas e condições climáticas, provocam a saída compulsória das pessoas por questão de risco de morte, como foi o caso de Ioane Teitiota.

4. O CASO IOANE TEITIOTA VERSUS NOVA ZELÂNDIA NO COMITÊ DE DIREITOS HUMANOS DA ONU

Em 2015, Ioane Teitiota, nacional da República de Kiribati, apresentou ao Comitê de Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas comunicação de violação de seu direito à vida por parte da Nova Zelândia, após esse país, ao ter rejeitado seu pedido de status de refugiado ambiental – fundamentado nas graves consequências e riscos à vida, à saúde e à subsistência sofridos pelo autor da comunicação e sua família em seu país de origem, devido aos efeitos do aquecimento global, em especial o aumento considerável do nível do mar na Ilha -, deportá-lo para Kiribati em setembro de 2015 (ONU, 2020, p.02). Em razão disso, Ioane afirma que a Nova Zelândia violou o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (art. 6º, 1)⁷.

O autor afirma que os efeitos das mudanças climáticas e do aumento do nível do mar – contaminação da água salgada, superlotação em Tarawa, erosão das terras habitáveis em Tarawa, disputas violentas por terra -, o forçaram a imigrar da Ilha de Tarawa, na República de Kiribati, para a Nova Zelândia, onde solicitou asilo ao Tribunal de Imigração e Proteção, que negou seu pedido.

O referido Tribunal concluiu que o autor não poderia ser qualificado como refugiado, tal como definido pela Convenção de Refugiados, uma vez que: não enfrentava objetivamente um risco real de ser perseguido se retornasse a Kiribati; não havia sido submetido a qualquer disputa de terras no passado e não havia evidências de que ele poderia sofrer sérios danos físicos por causa da violência ligada a disputas habitacionais/fundiárias/propriedades no futuro; não havia evidências de que ele seria incapaz de cultivar alimentos ou obter água potável; não havia evidências de que as condições ambientais que ele enfrentaria no seu retorno seriam tão perigosas à sua vida. Igualmente foi rechaçada pelo Tribunal de Imigração e Proteção, a violação do

⁷ Segundo o art. 6º, 1, do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (1966), “O direito à vida é inerente à pessoa humana. Esse direito deverá ser protegido por lei. Ninguém poderá ser arbitrariamente privado de sua vida.”

art. 6º do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos por parte do governo de Kiribati, o qual, nos termos da decisão, estava ativo no cenário internacional em relação às ameaças das mudanças climáticas. Ressaltou, ainda, que o autor não demonstrou a existência de risco iminente à sua vida e de sua família. Por fim, considerou que não havia um risco substancial de que os direitos do autor (art. 7º do Pacto) seriam violados por sua remoção (ONU, 2020, p. 2-5).

O Tribunal de Apelação e o Supremo Tribunal, por sua vez, mantiveram a decisão do juízo *a quo*. Impende assinalar que o Supremo Tribunal não descartou a possibilidade de a degradação ambiental resultante de mudanças climáticas ou outros desastres naturais pudesse criar um caminho para a aplicação da Convenção de Refugiados ou outra jurisdição de pessoas protegidas (ONU, 2020, p. 05).

A comunicação foi admitida com base no Protocolo Facultativo ao Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (arts. 1º e 2º), pelo fato do mesmo ter entrado em vigor para o Estado da Nova Zelândia em 26 de agosto de 1989 e tendo em vista que o autor da comunicação esgotou todos os recursos internos disponíveis⁸. O Comitê entendeu, ainda, que o autor demonstrou suficientemente, para fins de admissibilidade da comunicação, que, devido ao impacto das mudanças climáticas e ao aumento associado do nível do mar em relação à habitabilidade da República de Kiribati e à segurança nas ilhas, enfrentou um risco real de prejuízo ao seu direito à vida como resultado da decisão do Estado da Nova Zelândia de removê-lo (ONU, 2020, p. 09).

Ao analisar o mérito da comunicação, o Comitê menciona o parágrafo 12 de seu comentário geral nº 31 (2004) a respeito da obrigação legal geral imposta aos Estados partes do Pacto Internacional de Direitos Civis, Econômicos e Sociais, de não extraditar, deportar, expulsar ou remover uma pessoa de seu território quando há motivos substanciais para acreditar que há um risco real de danos irreparáveis, tal como previsto nos artigos 6º e 7º do Pacto, ao destacar que tal risco deve ser pessoal. Acrescenta que a obrigação contida no artigo 6º do Pacto – de não extraditar, deportar, expulsar ou de outra forma remover – pode ser mais ampla do que o escopo do princípio da não reprovação sob a lei internacional de refugiados, uma vez que pode exigir a proteção de estrangeiros não habilitados ao status de refugiados (ONU, 2020, p. 9-10). Por essa razão, os Estados partes devem permitir que todos os requerentes de asilo que reivindiquem um risco real de violação do seu direito à vida no Estado de origem, tenham acesso ao status de refugiados ou outros procedimentos individualizados ou de determinação de status de grupo que possa oferecer proteção contra a devolução (ONU, 2020, p. 10).

O Comitê lembra que o direito à vida não pode ser devidamente compreendido se for interpretado de forma restritiva, e que a proteção desse direito exige que os Estados partes adotem medidas positivas. Recorda também seu comentário geral nº 36,

⁸ Nos termos do art. 1º do Protocolo Facultativo (1966), “Os Estados Partes no Pacto que se tornem partes no presente Protocolo reconhecem que o Comitê tem competência para receber e examinar comunicações de provenientes de particulares sujeitos à sua jurisdição que aleguem ser vítimas de uma violação, por esses Estados Partes, de qualquer dos direitos enunciados no Pacto. O Comitê não recebe nenhuma comunicação respeitante a um Estado Parte no Pacto que não seja Parte no presente Protocolo”. O art. 2º dispõe: “Ressalvado o disposto no art. 1º, os particulares que se considerem vítimas da violação de qualquer dos direitos enunciados no Pacto e que tenham esgotado todos os recursos internos disponíveis podem apresentar uma comunicação escrita ao Comitê para que este a examine”.

no qual estabeleceu que o direito à vida inclui o direito de desfrutar de uma vida digna e de estar livre de atos ou omissões que causariam sua morte não natural ou prematura. Afirma, ainda, que as mudanças climáticas e o desenvolvimento insustentável constituem algumas das ameaças mais urgentes e graves à capacidade das gerações presentes e futuras de desfrutar do direito à vida, e que a degradação ambiental pode afetar negativamente o bem-estar de um indivíduo e levar a uma violação do direito à vida (ONU, 2020, p. 10).

Após tais considerações, o Comitê destaca que, no caso em questão, deve verificar se houve clara arbitrariedade, erro ou injustiça na avaliação feita pelas autoridades do Estado da Nova Zelândia ao remover o autor da reclamação para a República de Kiribati, ou se, ao fazê-lo, expôs a vida do autor a risco real, nos termos do artigo 6º do Pacto (ONU, 2020, p. 10-11).

Quanto às conclusões do Comitê (ONU, 2020, p.10-13) na apreciação do caso, podem ser destacadas:

- o Comitê observa que o Estado da Nova Zelândia considerou e aceitou minuciosamente as declarações e evidências do autor como críveis, e que examinou seu pedido de proteção separadamente, com base na Convenção de Refugiados e no Pacto, admitindo que os efeitos das mudanças climáticas ou de outros desastres naturais pudessem fornecer uma base para a proteção;

- o Comitê destaca a declaração do Tribunal da Nova Zelândia de que o autor aceitou que ele não estava alegando um risco de dano específico a ele, mas sim um risco geral enfrentado por todos os indivíduos em Kiribati;

- o Comitê observa que, de acordo com o relatório e testemunho do pesquisador de mudanças climáticas John Corcoran, 60% dos moradores de Tarawa do Sul obtiveram água doce a partir de suprimentos racionados fornecidos pelo conselho de serviços públicos;

- embora reconheça as dificuldades que podem ser causadas pelo racionamento de água, o Comitê afirma que o autor não forneceu informações suficientes indicando que o fornecimento de água doce é inacessível, insuficiente ou inseguro, de maneira a produzir uma ameaça razoavelmente previsível de um risco à saúde que prejudique seu direito de desfrutar de uma vida com dignidade ou cause sua morte não natural ou prematura;

- sobre a afirmação do autor no tocante ao risco ao seu direito à vida, devido à superpopulação e à frequente e cada vez mais intensa inundação e violações das paredes do mar, o Comitê destaca o próprio autor afirmou que a República de Kiribati se tornaria inabitável dentro de 10 a 15 anos;

- apesar de aceitar a alegação do autor de que o aumento do nível do mar provavelmente tornará a República de Kiribati inabitável, o Comitê entende que o prazo de 10 a 15 anos – tempo sugerido pelo autor – permite a adoção de medidas – para proteger e, quando necessário, realocar a população -, pela República de Kiribati, com o auxílio da comunidade internacional;

- o Comitê entende que não é possível concluir que houve violação aos direitos do autor, nos termos do artigo 6º do Pacto, quando da sua deportação para a República

de Kiribati, em 2015, embora ressalte a responsabilidade contínua do Estado da Nova Zelândia de levar em conta, em futuros casos de deportação, a situação atual da República de Kiribati.

Oportuno destacar as opiniões divergentes de dois membros do Comitê, Vasilka Sancin e Dunkan Laki Muhumuza. Segundo Vasilka Sancin (ONU, 2020, p. 14-15), o Partido do Estado (Nova Zelândia) não apresentou evidências de avaliação adequada do acesso do autor e de seus filhos dependentes à água potável segura em Kiribati. De acordo com o mesmo, a noção de “água potável” não deve ser equiparada à “água potável segura”, pois a água pode ser designada como potável, ao mesmo tempo em que contém microrganismos perigosos para a saúde, particularmente para crianças, como é o caso dos três filhos dependentes do autor. Sancin (ONU, 2020, p. 14-15) afirma que cabe ao Partido do Estado, não ao autor, demonstrar que o autor e sua família teriam de fato acesso à água potável em Kiribati, para cumprir seu dever positivo de proteger a vida de riscos naturais conhecidos.

Dunkan Laki Muhumuza (ONU, 2020, p. 16-17) ressalta que o Partido do Estado impôs um ônus de prova irracional ao autor da reclamação, e que as condições de vida resultantes das mudanças climáticas na república de Kiribati são significativamente graves e representam um risco real, pessoal e razoavelmente previsível de uma ameaça à sua vida, nos termos do artigo 6º do Pacto. Acrescenta que o autor apresenta as evidências, não contestadas pelo Estado da Nova Zelândia, nem pelo restante do Comitê, de que o aumento do nível do mar em Kiribati ocasionou: a escassez de espaço habitável, causando risco à vida, diante das violentas disputas fundiárias; a grave degradação ambiental resultou na contaminação do abastecimento de água e na destruição das culturas alimentares – a família do autor dependia, em grande parte, da agricultura. Muhumuza cita a má qualidade da água potável e seus danos graves à saúde do autor e sua família. Afirma, ainda, que a dificuldade considerável de acesso à água doce por causa das condições ambientais deve ser suficiente para atingir o limiar de risco, para o qual não pode ser exigida uma completa falta dessa água.

Pelo exposto, é possível afirmar que o posicionamento do Comitê de Direitos Humanos da ONU, não obstante negar a reclamação de Ioane Teitiota, representa um avanço, ao considerar que é possível o reconhecimento do status de refugiado ambiental. Nesse sentido, o entendimento da ACNUR (Agência da ONU para Refugiados), que considera a decisão histórica, tanto pelas implicações que pode gerar para a proteção internacional das pessoas deslocadas no contexto de mudanças climáticas e desastres naturais, quanto pela importância de os países tomarem medidas preventivas ou mitigarem os danos associados às mudanças climáticas, que possam forçar pessoas a fugir de seus países no futuro (UNIC, 2020).

CONCLUSÃO

Qual é o preço que países em desenvolvimento pagarão pelas mudanças climáticas e catástrofes provocadas pelos países desenvolvidos depois da exploração desenfreada do meio ambiente?

Através da análise do histórico do desenvolvimento do Direito dos Refugiados foi possível constatar a difícil tarefa de expandir o conceito de refúgio para abrigar àquelas pessoas cujo o motivo da mobilidade compulsória foi a alteração do clima. Nesse contexto, deve-se buscar sempre a teleologia da norma, que é a proteção da vida dos indivíduos, que não podem voltar ao país de origem justamente por correrem riscos graves e irremediáveis de violações de Direitos Humanos.

Nesse cenário, tem-se o conjunto de ilhas de Kiribati, já assoladas pelo aumento dos oceanos, tendo como reflexo a falta de água, alimentação e o surgimento de diversos conflitos civis de disputa de terras e demais locais que ainda possuem recursos naturais acessíveis. Tratava-se de grande oportunidade para que o ACNUR se manifestasse oficialmente e aceitasse uma categoria que ele mesmo criou, quando da elaboração do Relatório feito pelo expert contratado Nassim El-Hinnawi.

Inclusive, o referido órgão considerou a decisão do Comitê de Direitos Humanos da ONU histórica, tendo em vista, entre outros fatores, as implicações que pode gerar para a proteção internacional das pessoas deslocadas no contexto de mudanças climáticas e desastres naturais, assim como a necessidade dos Estados tomarem medidas preventivas ou mitigarem os danos associados às mudanças climáticas, que possam forçar pessoas a fugir de seus países no futuro.

Semelhante a esse contexto, percebe-se que outros lugares, como Haiti e a Venezuela, passaram por grandes fluxos de mobilidade em virtude de eventos que violam Direitos Humanos: o primeiro, que foi assolado por um terremoto e tenta até hoje se reerguer; e o segundo que apresenta uma população que corre da fome e da falta de itens básicos de saúde e sobrevivência. O que torna a situação mais caótica é que há uma previsão de sessenta milhões de refugiados ambientais nos próximos anos, em virtude do aumento do nível dos oceanos e dos processos de desertificação.

As análises feitas ao longo do texto permitem algumas considerações. Uma delas diz respeito à urgência da adoção – no âmbito internacional e interno – de medidas de prevenção e reparação de danos no que tange ao meio ambiente, uma vez que inúmeros estudos demonstram que os efeitos das mudanças climáticas – dentre outras causas de degradação ambiental – são e/ou serão sentidos, em curto período de tempo, por todo o mundo. Daí a necessidade de refletir acerca dos efeitos de um modelo socioeconômico, globalizado, de exploração dos recursos naturais, o qual segue seu curso e se aprofunda, a despeito da existência de inúmeras pesquisas demonstrando os danos ambientais, em grande escala, produzidos em territórios com enormes quantitativos populacionais.

Não obstante as divergências existentes no tocante ao tratamento da questão, tendo em vista a ausência, em termos técnico-jurídicos, de referência ao refugiado ambiental – uma vez que o termo não é contemplado, ao menos de forma expressa, por tratados internacionais de direitos humanos que versam sobre migração -, mostra-se fundamental o reconhecimento e a categorização dessas pessoas, cuja situação de vulnerabilidade é uma realidade em constante crescimento. E há possibilidade normativa para isso. O que não há é um cenário político para criação de um tratado específico para a proteção dessas pessoas.

A decisão do Comitê de Direitos Humanos da ONU negou a reclamação de Ioane Teitiota sob a justificativa, entre outras, da ausência de comprovação, pelo autor, de que a sua deportação, em 2015, pelo governo da Nova Zelândia, geraria risco real de danos irreparáveis à sua vida e à vida de seus familiares. É evidente o reconhecimento da obrigação legal geral imposta aos Estados partes do Pacto Internacional de Direitos Civis, Econômicos e Sociais, de não extraditar, deportar, expulsar ou remover uma pessoa de seu território quando há motivos substanciais para acreditar que há um risco real de danos irreparáveis, tal como previsto nos artigos 6º e 7º do Pacto, mesmo tal fato não previsto no rol, que é exemplificativo, do artigo Primeiro do Estatuto dos Refugiados.

Concentrando sua análise na necessidade de proteção do direito à vida, no qual inclui o direito de desfrutar de uma vida digna e de estar livre de atos ou omissões que causariam sua morte não natural ou prematura, o Comitê manifesta-se no sentido de que as mudanças climáticas e o desenvolvimento insustentável constituem algumas das ameaças mais urgentes e graves à capacidade das gerações presentes e futuras de desfrutar do direito à vida, e de que a degradação ambiental pode afetar negativamente o bem-estar de um indivíduo e levar a uma violação do direito à vida.

Agora, resta saber o que falta para que seja colocado em prática tal raciocínio: política ou hermenêutica?

Por fim, importante destacar que, não obstante a urgência de se suprir a lacuna normativa existente em termos de categorização do “refúgio ambiental” no âmbito internacional e interno dos Estados, organizações de defesa dos direitos humanos, especialistas, estudiosos etc, vêm se utilizando de outros meios gerais de garantias dos direitos dessas pessoas, valendo-se do Direito Internacional dos Direitos Humanos, do Direito internacional dos refugiados, do Direito Internacional das migrações, do Direito Internacional do Meio Ambiente, do Direito internacional das Mudanças Climáticas e do Direito dos Desastres Ambientais, como formas de tentar suprir tal lacuna e atender a pessoas que necessitam ter seus direitos humanos básicos garantidos agora.

REFERÊNCIAS

ACNUDH. Los efectos de evolución lenta del cambio climático y la protección de los migrantes transfronterizos. p. 43-45.

ACNUR. 60 anos de ACNUR: perspectivas de futuro. André de Carvalho Ramos, Gilberto Rodrigues e Guilherme Assis de Almeida (orgs.). São Paulo: Editora CL-A Cultural, 2011.

CASTLES, Stephen. *Environmental change and forced migration: making sense of the debate*. 2002, p.5. Disponível em: <http://www.unhcr.org/research/working/3de344fd9/environmental-change-forced-migration-making-sense-debate-stephen-castles.html>. Acesso em: 22 de jan. de 2021.

CLARO, Carolina. *A proteção dos "Refugiados Ambientais" no Direito Internacional*. 2017. Disponível em: < <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2135/tde-08042016-155605/pt-br.php> > Acesso em: 25 de jan. de 2021.

CORTE IDH. Parecer Consultivo OC-18/03 de 17 de setembro de 2003. Solicitado pelos Estados Unidos do México. Condição Jurídica e direitos dos imigrantes indocumentados. Disponível em http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_18_esp.pdf . Acesso em 30 jan. de 2021.

CORTE IDH. Parecer Consultivo Oc-21/14 de 19 de Agosto de 2014. Solicitado pela República Argentina, República Federativa Do Brasil, República Do Paraguai e República Oriental do Uruguai. Direitos e Garantias de Crianças no Contexto da Migração e/ou em Necessidade de Proteção Internacional. Disponível em http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_21_por.pdf . Acesso em 30 jan. de 2021.

EL-HINNAWI, Essam. *Environmental Refugees*. United Nations Environmental Program, Nairobi, 1985.

GUERRA, Sidney. O refugiado à luz do direito internacional ambiental. *Ius gentium* (Facinter), v. 6, 2009. GUERRA, Sidney. O direito internacional e a figura do refugiado ambiental: reflexões a partir da ilha de Tuvalu. *Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI*, Brasília, 2008.

GUERRA, Sidney. *Direito Internacional dos Direitos Humanos*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

GUERRA, Sidney. Refugiados ambientais no Brasil: uma abordagem a partir do caso do Haiti. *Revista Nomos*. [v. 38 n. 2 \(2018\): jul./dez. 2018](#).

GUERRA, Sidney. *Curso de direito internacional público*. 12. ed. São Paulo: saraiva, 2019.

HARARI, Yuval Noah. *21 Lições para o século 21*. São Paulo: Companhia das Letras, 2018.

HOBSBAWM, Eric. *Era dos extremos: o breve século XX: 1914-1991*. Tradução Marcos Santarrita. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

MIRRA, Álvaro Luiz Valery. *A questão dos "refugiados" climáticos e ambientais no Direito Ambiental*. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2017-abr-22/ambiente-juridico-questao-refugiados-climaticos-ambientais-direito-ambiental> > Acesso em: 30 de jan. de 2021.

MYERS, Norman. *Environmental refugees: an emergent security issue*. 2005, p.3. Disponível em: <<http://www.osce.org/eea/14851?download=true>> Acesso em: 02 de fev. de 2021.

ONU. Ioane Teitiota *vs* Nova Zelândia. Comitê de Direitos Humanos, 2020. Disponível em: https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CPR%2fC%2f127%2fD%2f2728%2f2016&Lang=en . Acesso em 23 de jan. de 2021.

UNIC. ACNUR elogia decisão do comitê de Direitos Humanos da ONU sobre mudança climática. 24 de janeiro de 2020. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/acnur-elogia-decisao-do-comite-de-direitos-humanos-da-onu-sobre-mudanca-climatica/>. Acesso em 12 de jan. 2021.

PORTAL SÃO FRANCISCO. Kiribati: história e elementos. Disponível em: <https://www.portalsaofrancisco.com.br/turismo/kiribati> . Acesso em 12 de fevereiro de 2021.

PROJET DE CONVENTION RELATIVE AU STATUT INTERNATIONAL DES DÉPLACÉS ENVIRONNEMENTAUX. Disponível em: <<http://www.observatorioeco.com.br/wp-content/uploads/up/2010/09/projet-de-convention-relative-au-statut-international-des-daplacas-environnementaux2.pdf>>. Acesso em: 30 de jan. de 2021.

RAMOS, Erika Pires. *Refugiados Ambientais: em Busca de Reconhecimento pelo Direito Internacional*. 2011, p. 70. Disponível em: < <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2135/tde-10082012-162021/pt-br.php>> Acesso em: 23 de jan. de 2021.

SILVA, José Antônio Tietzmann. Os refugiados ambientais à luz da proteção internacional dos direitos humanos. *Revista dos Tribunais*. Vol 86, 2017.

SUHRKE, Astri. *Pressure Points: Environmental Degradation, Migration and Conflict*. 1993. p 4-6. Disponível em: < <https://www.cmi.no/publications/file/1374%20pressure-points-environmental-degradation.pdf>> Acesso em: 29 de jan. de 2021.

THE COMMONWEALTH. Disponível em <https://thecommonwealth.org/our-member-countries/kiribati> . Acesso em 23 de dezembro de 2020.

UNHCR. *Environment, Disasters and Climate Change*. Disponível em: <https://www.unhcr.org/environment-disasters-and-climate-change.html>. Acesso em: 23 de jan. de 2021.



INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL E DEMOCRACIA: OPORTUNIDADES E DESAFIOS

Mateus de Oliveira Fornasier¹

RESUMO

este artigo objetiva estudar as interfaces entre o desenvolvimento/uso da IA e a democracia no que tange, principalmente, à formação da opinião dos cidadãos na arena de comunicações dinâmica e opaca propiciada por essa forma tecnológica. Objetivos específicos: i) investigar as confluências e implicações mútuas entre as ideias de inteligência artificial e democracia; ii) apresentar oportunidades e desafios à continuidade das democracias liberais em razão da adoção da IA em processos sociais comunicativos. Metodologia: método de procedimento hipotético-dedutivo, com abordagem qualitativa e técnica de pesquisa bibliográfico-documental.

Palavras-chave: inteligência artificial; aprendizado de máquina; democracia.

GENDER AS FUNNEL? THE GENDER “GAP” BETWEEN LAW EDUCATION AND JUDICIAL INSTITUTIONS

ABSTRACT

this article aims to study the interfaces between the development / use of AI and democracy, mainly concerning the formation of citizens' opinion in the dynamic and opaque communications arena provided by this technological form. Specific objectives: i) to investigate the confluences and mutual implications between the ideas of artificial intelligence and democracy; ii) to present opportunities and challenges to the continuity of liberal democracies due to the adoption of AI in communicative social processes. Methodology: hypothetical-deductive procedure method, with qualitative approach and bibliographic-documentary research technique.

KEYWORDS: artificial intelligence; machine learning; democracy.

INTRODUÇÃO

Na conferência Zeitgeist 2015, Stephen Hawking alarmou o mundo com a seguinte declaração: “computadores vão superar os humanos com a inteligência artificial nos próximos cem anos. Quando isso acontecer, precisaremos nos certificar de que os computadores têm metas alinhadas com as nossas”.² Concordemos ou não com

¹ Doutor em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS, Brasil) (2013), com Pós-Doutorado pela University of Westminster (Reino Unido) (2018-2019). Atualmente é professor/pesquisador da Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul (UNIJUI), no programa de Pós-Graduação Stricto Sensu (Mestrado e Doutorado) em Direito. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Sociologia Jurídica e Direito Constitucional, atuando principalmente nos seguintes temas: regulação da tecnologia, inteligência artificial e Direito, filosofia da tecnologia, democracia eletrônica e cidadania digital.

² SHEAD, Sam. Stephen Hawking warns computers will overtake humans within 100 years. **Techworld**, May 12, 2015. Disponível em: <https://www.techworld.com/news/tech-innovation/stephen-hawking-warns-computers-will-overtake-humans-within-100-years-3611397/>. Acesso em: 10 dez 2019. Tradução nossa. Texto

essa previsão, há de se concordar que, quando um gênio do calibre de Hawking profere algo do gênero, é praticamente um dever dos acadêmicos em geral verificar a plausibilidade desse conteúdo.

A importância do tema é premente. Já são de conhecimento público e notório os episódios do envolvimento de ferramentas eletrônicas nos processos comunicativos eleitorais (eleições dos EUA em 2016, do Brasil em 2018, do Brexit no Reino Unido), e como tais mecanismos são amplamente utilizados para confundir a opinião pública em plataformas de mídias sociais. Ademais, a construção daquilo que os juristas entendem como fontes de Direito, supremacia constitucional e soberania sofrem significativas irritações a partir do uso da tecnologia em processos eleitorais, mesmo no momento de formação de opinião em democracias.

É nesse contexto, e em razão dessas justificativas, que se coloca o problema que moveu esta pesquisa: que implicações a adoção de ferramentas de inteligência artificial (doravante, IA) pode acarretar às democracias liberais, principalmente no que tange à formação de opinião dos cidadãos? Como hipótese inicial, apresenta-se que há muitas confluências entre a (des)continuidade das democracias e o uso/desenvolvimento da IA em sociedade — consequências positivas, como o aumento da eficiência de processos atinentes às relações entre governo e cidadãos, melhorias na formação da opinião pública em virtude de ferramentas mais capacitadas a resolverem problemas para os quais a inteligência humana geralmente não tem capacidade, etc.; mas também há altíssimos riscos às democracias, quando o uso de tais tecnologias não atendem à consecução de valores democráticos (tais como transparência, justiça, pluralidade, Estado de Direito, etc.).

Nesse sentido, o objetivo geral deste artigo é o estudo das interfaces entre o desenvolvimento/uso da IA e a democracia no que tange, principalmente, à formação da opinião dos cidadãos na arena de comunicações dinâmica e opaca propiciada por essa forma tecnológica. Seu primeiro objetivo específico, exposto na primeira seção do texto, é investigar as confluências e implicações mútuas entre as ideias de inteligência artificial e democracia. Já o segundo capítulo apresenta as oportunidades e desafios à continuidade das democracias liberais em razão da adoção da IA em processos sociais comunicativos.

Metodologicamente, a elaboração da pesquisa tem natureza exploratória, cujo método de procedimento é o hipotético-dedutivo, com abordagem qualitativa e técnica de pesquisa bibliográfico-documental.

1 Democracia e de inteligência artificial: confluências e implicações mútuas

A inteligência artificial (IA) é um campo da ciência que busca fornecer às máquinas qualidades semelhantes às humanas para a solução de problemas, raciocínio e aprendizado.³ Há dois grandes tipos de IA: *a IA estreita*, que usa algoritmos para concluir uma tarefa específica, como aprender a jogar xadrez ou reconhecer rostos.

original: "Computers will overtake humans with AI at some within the next 100 years. When that happens, we need to make sure the computers have goals aligned with ours".

³ WILNER, Alex S. Cybersecurity and its discontents: Artificial intelligence, the Internet of Things, and digital misinformation. *International Journal*, v. 73, n. 2, p. 308–316, 2018. DOI: 10.1177/0020702018782496, p. 313.

Embora esses programas possam ter destaque em tais tarefas e até mesmo superar capacidades humanas para tal, são menos capazes de resolver outros problemas para os quais não foram originalmente programados. Já a *IA geral* (ainda inexistente) capacita máquinas a aprenderem e resolverem qualquer problema, com a mesma capacidade que os humanos. A IA inclui várias ferramentas, técnicas e métodos — talvez mais notavelmente, aprendizado de máquina, que treina algoritmos para identificar regulamentações em grandes quantidades de dados. O aprendizado de máquina em si pode ser dividido em diferentes ramificações, incluindo aprendizado por reforço, no qual um programa elaborado com mecanismos de feedback é recompensado pelas ações que executa.

A IA possui enorme potencial para os governos, sendo capaz de analisar um grande volume de dados muito mais rapidamente que os humanos, identificando ideias e tendências, e fornecendo sugestões sobre como melhorar os serviços públicos.⁴ Inteligência, policiamento e segurança nacional são também campos de alta aplicabilidade, apontando analistas humanos, policiais e militares na direção certa. Em finanças, a IA está melhorando a eficiência econômica, gerando riqueza e combatendo a lavagem de dinheiro. Na medicina, identifica o câncer, doenças cardíacas e Mal de Alzheimer, além de desvendar a genética humanos. Academicamente, está melhorando antigas teorias da física. No comércio, está simplificando a experiência de compra, eliminando a linha de pagamento. Na agricultura, amplia a produtividade e melhora práticas agrícolas. Na preparação para emergências, direciona socorristas e os ajuda. Em entretenimento, ele informa sua próxima sessão de observação de compulsões em plataformas de streaming (tais como a Netflix). E nas mídias sociais, da seção de comentários de periódicos à função de revisão de empregadores, a IA detecta trolls, haters e postagens tóxicas, sinalizando-os para revisão e exclusão.

Mas a IA serve aos propósitos de todos os governos, inclusive daqueles que não se estruturam em valores relacionados a direitos humanos, democracia e igualdade de gênero. É útil, portanto, tanto para fins progressivos quanto para os maliciosos. Consequentemente, pode fornecer aos autoritários a capacidade de melhor monitorar a dissidência, controlar populações e atingir determinadas pessoas (por exemplo, mulheres, LGBTQ e minorias). Pesquisadores de Stanford já desenvolveram uma IA que usa fotografias para identificar a orientação sexual de uma pessoa; tem uma taxa de precisão preditiva acima de 90 por cento.⁵ Isso pode ser muito útil para mais de 70 países que ainda criminalizam a homossexualidade. E o desenvolvimento do Sistema de Crédito Social pela China, no qual a tecnologia de reconhecimento facial por IA é combinada com um esquema de pontuação social para classificar a qualidade do envolvimento cívico das pessoas, ilustra como governos podem usar a IA para (re)estruturar a sociedade,⁶ de modo a passar por cima de valores democráticos — eis

⁴ WILNER, Alex S. Cybersecurity and its discontents: Artificial intelligence, the Internet of Things, and digital misinformation. **International Journal**, v. 73, n. 2, p. 308–316, 2018. DOI: 10.1177/0020702018782496, p. 313-314.

⁵ KOSINSKI, Michal; WANG, Yilun. Deep neural networks are more accurate than humans at detecting sexual orientation from facial images. **Journal of Personality and Social Psychology**, v. 114, n. 2, p. 246-257, 2018.

⁶ BOTSCHAN, Rachel. Big Data meets Big Brother as China moves to rate its citizens. **Wired**, 21 October 2017. Disponível em: <https://www.wired.co.uk/article/chinese-government-social-credit-score-privacy-invasion>. Acesso em: 3 dez 2019.

que se mostra útil para autoritarismos, intolerâncias e suplantação da alteridades que não interesse a governos.

Letouzé e Pentland⁷ fazem uma análise crítica da aplicação da IA. Nesse sentido, consideram que suas ferramentas não deveriam ser usadas apenas para, por exemplo, melhorar sistemas de logística, mas também, para melhorar os sistemas humanos. Aplicar os princípios e requisitos essenciais da IA a sistemas humanos inteiros de maneira consistente e cuidadosa para projetar e implantar (ecos) sistemas máquina-homem pode ser bastante transformador, positivamente.

Esse sistema pode ser chamado de IA humana. Seu princípio básico é que, como acontece com as IAs estreitas atuais, o que funciona para corrigir políticas, programas, comportamentos, ações, seriam recompensadas e reforçadas. As que não funcionam seriam penalizadas e enfraquecidas. Isso também seria ativado por loops de feedback alimentados por dados. Com o tempo, haveria sistemas humanos (sociedades, governos, organizações) com um bom senso do que funciona (conjuntos de políticas, programas, comportamentos e ações que produzem bons resultados), fornecendo a analogia básica (de aprender e reforçar o que funciona), mas também, IAs como sendo peças centrais desse sistema, gerando e processando dados e assumindo tarefas, e ajudando a tomada de decisões sob a supervisão humana em geral.

Uma chave para isso é aprender e concordar, por meio do feedback, o que produz bons ou maus resultados e agir de acordo nas próximas vezes. Tais processos já acontecem, pois além de conclusões lógico-rationais, a inteligência humana já possui, há milhares de anos, intuições, instintos e reflexos baseados em experiências passadas (seja pelo aprendizado individual, seja pelo coletivo).

As sociedades aprendem e ensinam o que produz bons resultados para elas e transformam esse aprendizado em códigos e normas. Aprendem, por exemplo, os benefícios de se defender ideais democráticos, igualitários, como o acesso a bens e capacidades importantes para a vida em sociedade (educação, saúde, previdência, etc.).

Não se trataria de uma visão que deva ser avaliada de maneira abstrata ou absoluta; é aquele que visa melhorar o estado de um mundo com muitos males, muitos dos quais refletem e alimentam más informações, má fé, más decisões, maus comportamentos e abusos de poder que raramente são capturados e, com menos frequência, combatidos. Nossa visão de uma IA humana está deixando a boa mágica da IA e o poder dos dados desafiar e melhorar os antigos sistemas de tomada de decisão e estruturas de poder para melhorar os sistemas humanos e a experiência humana, com o comando dos humanos (e não dos algoritmos).

A conexão entre democracia, internet e IA é complexa, com múltiplas aplicações e implicações. Desde a votação online e consultas públicas até o impacto dos algoritmos de notícias das redes sociais, conectar a democracia à Internet, especialmente com a imensa força da IA, é uma questão contestada com muito potencial, negativo e positivo.

⁷ LETOUZÉ, Emmanuel; PENTLAND, Alex. Towards a human artificial intelligence for human development. *ITU Journal: ICT Discoveries*, n. 2, 2018. Disponível em: <http://handle.itu.int/11.1002/pub/8129f4b6-en>. Acesso em: 03 dez 2019.

Nesse sentido, Goltz, Cameron-Huff e Dondoli⁸ consideram interessante, para aprimorar as democracias no mundo (ou democratizar, aos poucos, as mentalidades dos cidadãos de regimes não-democráticos), envolver a IA para oferecer as leis mundiais traduzidas no idioma do usuário globalmente, além de fornecer respostas a perguntas legais. Quando interligada ao Estado de Direito, a democracia floresce se os requisitos para um Direito responsável e transparente são atendidos. Isso valeria não apenas para as democracias, mas também para as jurisdições nas quais o Estado de Direito está comprometido e o regime não é democrático.

Países como a China, considerada de governo autoritário, envia seu ordenamento jurídico à internet, permitindo, portanto, sua inclusão no banco de dados — e o banco de dados mundial expõe o povo chinês a leis estrangeiras em seu próprio idioma, possibilitando a comparação da legislação de todo o mundo com a sua. Isso pode ter implicações de longo alcance no campo dos direitos humanos, por exemplo, e pode levar, eventualmente, a uma proibição pelo governo chinês a sites de bancos de dados legislativos mundiais. A exposição à legislação ocidental de direitos humanos que fornece ampla proteção contra ações tomadas pelo regime pode levar o público na China a exigir proteção semelhante e, portanto, desencadear um debate contestado.

Mas outros países, como Egito ou Irã, não expõem suas leis online (embora seus cidadãos possam usar a Internet e pesquisar em sites sobre leis de outros países (supondo que não seja bloqueado pelo governo), eles e o resto do mundo não teriam acesso a suas próprias leis. Esta é a colina de Aquiles do sistema de regulação global, pois ela só pode fazer upload de leis disponibilizadas on-line pelos governos respeitados. No entanto, são feitas tentativas para obter essas leis de organizações não-governamentais e digitalizá-las. Essa pode ser uma operação cara, que deve ser conduzida com cautela, pois há menos certeza de que o texto da legislação é preciso, pois não é fornecido diretamente pelo governo.

No entanto, no âmbito de uma democracia vinculada, ferramentas de IA vinculadas a bancos de dados legislativos podem ser consideradas revolucionárias, criando uma Babel moderna e conectando a aldeia global através de seus sistemas legais. O nível de sua adoção, de certa forma, é uma questão de perceber os sistemas legais — aqueles que consideram os sistemas legais como um dos principais pilares da democracia (Academia, governos democráticos, etc.) provavelmente o adotarão com entusiasmo; já os que consideram os sistemas jurídicos como um obstáculo, não apenas o ignorarão, como o proibirão.

Em razão desse tipo de problema, Vural Özdemir⁹ estabelece a necessidade de interação entre pesquisadores ligados à inteligência artificial e o conhecimento ligado à inteligência humana, a qual pode ser definida como o conjunto de conhecimentos tácitos contextuais sobre valores humanos, responsabilidade, empatia, intuição ou cuidado com outro ser vivo que não pode ser facilmente descrito ou executado por algoritmos.

⁸ GOLTZ, Nachshon Sean; CAMERON-HUFF, Addison; DONDOLI, Giulia. Rethinking Global-Regulation: world's law meets artificial intelligence. *Information & Communications Technology Law*, v. 28, n. 1, p. 36-45, 2019. DOI: 10.1080/13600834.2019.1557400, p. 45.

⁹ OZDEMIR, Vural. Not All Intelligence is Artificial: Data Science, Automation, and AI Meet HI. *OMICS: A Journal of Integrative Biology*, v. 23, n. 2, 2019. DOI: 10.1089/omi.2019.0003.

A inteligência humana na ciência de dados diz respeito ao conhecimento sobre o contexto social e político mais amplo no qual o Big Data, sua procedência e aplicações estão localizadas, sendo ligada à capacidade de encontrar os valores humanos tácitos, a política e o poder incorporados na proveniência do Big Data e em suas aplicações orientadas por inteligência artificial. A inteligência humana também exige habilidades inter e transdisciplinares para além das instrumentais e laboratoriais, permitindo que os sistemas pensem em toda a trajetória da proveniência do Big Data e para unir as "duas culturas" entre a ciência e a sociedade.

Nesse sentido, o autor apresenta quatro ideias para cultivar ecossistemas de inovação informados pela inteligência humana, dado que considera que a inteligência humana oferece um contexto sociotécnico mais amplo sobre proveniência de Big Data e aplicativos de inteligência artificial.

(I) implantar rotineiramente metadados para aumentar a proveniência do Big Data. Os metadados são definidos como "dados sobre dados", incluem o contexto técnico e social/ político no qual o Big Data é gerado e valorizado como produtos. Além disso, constituem um bom presságio para a atribuição de crédito inclusivo aos cientistas de dados por suas importantes contribuições à geração e proveniência de dados em um ecossistema de inovação.

(II) promover novas formas de alfabetização social tanto nas *hard science* quanto nas *human science*, educando engenheiros, médicos e cientistas também em teoria crítica e ciência política. Isso possibilitaria à próxima geração de inovadores ler o contexto, a humanidade, o poder e o subtexto que moldam a criação da ciência e da inovação que resistem ao teste do tempo e dos contextos de aplicação.

(III) conceber que a experiência em ciência política, por parte dos pesquisadores das *hard sciences*, é um excelente antídoto para políticas opacas e poder humano inexplicado na ciência que ameaçam a ética tecnológica, a inovação responsável e a democracia global.

(IV) entender que os regimes da verdade estão inextricavelmente ligados ao poder. Muitos dos campos atualmente estabelecidos começaram como ideias marginais ao estabelecimento científico dominante no século XX. Cientistas devem reconhecer que o consenso sobre novas tecnologias é para livros didáticos, enquanto a ciência, a tecnologia e a inovação avançam por contestação, dissidência e desacordo. A inteligência humana poderia acolher e apreciar pontos de vista divergentes e opostos sobre tecnologias emergentes. Ao ampliar a abordagem à governança da tecnologia além do consenso, os conhecimentos tácitos da inteligência humana criam reflexividade e resiliência contra incertezas, ignorâncias e incógnitas na ciência e na sociedade e, assim, ajudam a cultivar a inovação responsável nas comunidades de inteligência artificial, automação e ciência de dados.

Algoritmos são estruturados de modo trifásico:¹⁰ (I) *entrada*, em que há grande preocupação com a presença de tendências discriminatórias nos dados de entrada (ao

¹⁰ BERETTA, Elena; SANTANGELO, Antonio; LEPRI, Bruno; VETRÒ, Antonio; DE MARTIN, Juan Carlos. The Invisible Power of Fairness. How Machine Learning Shapes Democracy In: MEURS, Marie-Jean; RUDZICZ, Frank (eds.). **Advances in Artificial Intelligence**: 32nd Canadian Conference on Artificial Intelligence, Canadian AI 2019 Kingston, ON, Canada, May 28–31, 2019 Proceedings. Montreal; Toronto: Springer, 2019, p. 238-250; p. 239.

lado, por exemplo, da proteção de dados pessoais); (II) *processamento*, na qual a transparência e a acessibilidade (problema da caixa preta) do processamento são muito debatidas; (III) *saída*, onde o principal aspecto problemático é relacionado aos possíveis efeitos discriminatórios da decisão algorítmica. Nesse sentido, um determinado problema ético/jurídico deve ser estudado com referência a: (a) a fase em que está localizado principalmente; e (b) a possível propagação do problema ao longo da elaboração do algoritmo. Como muitas aplicações de algoritmos de aprendizado de máquina não são protegidos por leis contra a discriminação, a atenção de atores pertencentes a diferentes setores está cada vez mais focada na codificação de preconceitos por algoritmos, os quais podem levar a resultados desproporcionais.

Muitos sistemas de aprendizado de máquina utilizam grandes quantidades de dados (coletados no uso de mídias sociais, aplicativos, telefones celulares, cartão de crédito etc.) acerca do comportamento humano e, em relação a isso, pesquisadores já descobriram práticas discriminatórias atinentes aos sistemas de aprendizado de máquina (na justiça criminal, na pontuação de crédito e na publicidade, por exemplo).¹¹ Assim, o aprendizado de máquina justo é um novo campo de estudo para mitigar vieses discriminatórios incorporados aos algoritmos.

A discriminação (de classe, raça, etnia, etc.) pode invadir um sistema de inteligência artificial pelo modo como uma organização define as variáveis-alvo (atributos ou atividades relacionados que podem servir como potencialmente representativas para qualidades/resultados de interesse) e os rótulos das classes (marcadores de classificação que dividem todos os valores possíveis da variável de destino em categorias mutuamente exclusivas).^{12 13} Por exemplo, uma empresa poderia definir que seus melhores trabalhadores estão dentre aqueles que nunca se atrasam — mas, se considerarmos que, em grandes centros, os trabalhadores mais pobres (e/ou os de famílias de imigrantes) costumam viver em locais mais distantes das sedes dos seus empregos, dependendo de rotas de trânsito mais congestionadas, e/ou de linhas de transporte público mais precárias, a variável-alvo e o rótulo de classe estariam discriminando-os, mesmo que incidentalmente.

Um pilar fundamental para as democracias liberais é a transparência, a qual, conforme Robbins e Henschke,¹⁴ deve ser entendida não como um valor abstrato, mas sim, instrumental para fornecer garantias aos cidadãos de tais democracias de que os regimes onde vivem não se degenerem em autoritarismos.

A coleta massiva de dados a obtenção de garantia devido a dois tipos de opacidade que surgem como resultado da de tal coleta: opacidade técnica (dificuldade para os cidadãos entenderem a tecnologia por trás da coleta de dados em massa), e

¹¹ BERETTA, Elena; SANTANGELO, Antonio; LEPRI, Bruno; VETRÒ, Antonio; DE MARTIN, Juan Carlos. The Invisible Power of Fairness. How Machine Learning Shapes Democracy In: MEURS, Marie-Jean; RUDZICZ, Frank (eds.). **Advances in Artificial Intelligence**: 32nd Canadian Conference on Artificial Intelligence, Canadian AI 2019 Kingston, ON, Canada, May 28–31, 2019 Proceedings. Montreal; Toronto: Springer, 2019, p. 238-250; p. 238.

¹² ZUIDERVEEN BORGESIU, Frederik. **Discrimination, artificial intelligence, and algorithmic decision-making**. Strasbourg: Council of Europe, Directorate General of Democracy, 2018.

¹³ BAROCAS, Solon; SELBST, Andrew D. Big Data's Disparate Impact. **California Law Review**, v. 104, n. 3, p. 671-732, 2016.

¹⁴ ROBBINS, Scott; HENSCHKE, Adam. Designing For Democracy: Bulk Data and Authoritarianism. **Surveillance & Society** v. 15, n. 3/4, p. 582-589, 2017. Disponível em:

<http://library.queensu.ca/ojs/index.php/surveillance-and-society/index>. Acesso em: 13 dez 2019, p. 582.

opacidade algorítmica (resultante de propriedades inerentes a algoritmos que orientam a coleta e o processamento de dados em massa). Assim, a adoção de estratégias instrumentais, colocadas no âmbito dos algoritmos, a fim de mitigar essa opacidade bidimensional poderia trazer a possibilidade de maior transparência contra-autoritária no próprio design das ferramentas de IA.

O processo decisório da inteligência artificial também pode causar discriminação prejudicial se o sistema aprender a partir de dados discriminatórios de treinamento, pois os dados de treinamento podem ser tendenciosos quando representam decisões humanas discriminatórias. Ou seja: se os dados de treinamento são tendenciosos, o sistema de IA corre o risco de reproduzir esse viés. Pode-se também ter tendenciosidade prejudicialmente discriminatória no procedimento de amostragem para a classificação (ao coletar dados sobre a prática de crimes, pode ser que a polícia tenha detido parado mais pessoas com o perfil de imigrante no passado, ou de raça negra, ou habitantes de certos bairros da cidade).¹⁵

Os problemas de discriminação por dados se relacionam às categorias de dados que uma organização seleciona para seu sistema de IA. Se uma organização deseja usar a IA para prever automaticamente acerca de algo, necessita simplificar o mundo para capturá-lo em dados. Ao selecionar certas características, a organização pode introduzir preconceitos contra determinados grupos.¹⁶ Por exemplo, classificar candidatos para uma vaga em determinado posto de trabalho a partir do renome da universidade em que estudaram — talvez seja muito difícil para certas etnias, raças ou classes sociais ingressarem em universidades consideradas de renome pela IA usada pela organização em questão.

Outro problema diz respeito a proxies (representações). Alguns dados incluídos no conjunto de treinamento podem se correlacionar com as características protegidas. E, às vezes, critérios genuinamente relevantes para a tomada de decisões racionais bem informadas também servem como proxies confiáveis para a associação a uma classe, a um grupo, ou a uma raça.¹⁷

Bons exemplos de aplicações de IA que poderiam causar discriminação seriam: prevenção e repressão de crimes; seleção de candidatos por organizações; divulgação de publicidade; pesquisa e análise de imagens; nas ferramentas de tradução (em razão, principalmente, do treinamento não consider certas especificidades sintáticas, semânticas e pragmáticas de cada idioma).¹⁸ Sendo assim, normas anti-discriminação, de proteção de dados pessoais, sobre sistemas decisórios automatizados, processos judiciais atinentes a tais tipos de normatizações e outros tipos de regulação (dentre elas, mecanismos de autorregulação criadas pelas próprias organizações e pela sociedade civil em geral) devem ser consideradas pelos desenvolvedores de IA a fim de que

¹⁵ ZUIDERVEEN BORGESIU, Frederik. **Discrimination, artificial intelligence, and algorithmic decision-making**. Strasbourg: Council of Europe, Directorate General of Democracy, 2018, p. 11-12.

¹⁶ ZUIDERVEEN BORGESIU, Frederik. **Discrimination, artificial intelligence, and algorithmic decision-making**. Strasbourg: Council of Europe, Directorate General of Democracy, 2018, p. 12.

¹⁷ BAROCAS, Solon; SELBST, Andrew D. Big Data's Disparate Impact. **California Law Review**, v. 104, n. 3, p. 671-732, 2016, p. 691.

¹⁸ ZUIDERVEEN BORGESIU, Frederik. **Discrimination, artificial intelligence, and algorithmic decision-making**. Strasbourg: Council of Europe, Directorate General of Democracy, 2018, p. 14-17.

direitos fundamentais não sejam desrespeitados pela discriminação no próprio design algorítmico.¹⁹

Diferentes culturas democráticas podem vir a difundirem diferentes definições de justiça; por outro, os diferentes modos de projetar ferramentas de aprendizado de máquina se encaixam de maneiras diferentes nas várias sociedades e podem se encaixar melhor que outras, especialmente porque, em um mesmo contexto social, várias idéias de democracia podem coexistir. Os algoritmos são projetados para reconhecer situações que levam a resultados satisfatórios, sendo modelados para procurar padrões e características em indivíduos que historicamente trouxeram sucesso, não tornando as coisas justas se empregadas aleatoriamente, mas replicando modelos e práticas passadas. Projetar um algoritmo justo envolve, assim, dois aspectos intimamente relacionados entre si: (I) avaliar o significado de escolher um tipo de justiça em vez de outro em uma determinada sociedade; e (II) avaliar o grau de aceitabilidade social subordinado ao contexto e ao critério de justiça selecionado. Considerando que mais de uma definição de justiça não pode ser alcançada simultaneamente, as escolhas de design têm um impacto relevante no efeito que os resultados do algoritmo terão na sociedade. É bastante relevante, portanto, descobrir que tipo de valores sociais e conceitos democráticos estão ligados às atuais formalizações matemáticas da justiça.

Entender qual ideia de justiça pode ser afirmada em uma determinada sociedade pode significar relacioná-la ao tipo de democracia em vigor nela — inclusive, no que tange à noção de igualdade que ela traz consigo. E há pelo menos cinco maneiras de conceber a democracia, que devem ser vistas como uma espécie de tipo ideal, que interagem e se confrontam na realidade, dando origem aos diferentes regimes democráticos:²⁰ liberal (mais individualista, sendo igualitária apenas no que tange à titularidade de direitos fundamentais); deliberativa (contratualista, com foco num possível consenso entre cidadãos no que tange ao bem comum); republicana ou de protesto (que enfatiza a necessidade de transparência e publicidade por parte do governo, bem como a capacidade de contestação dos seus atos por parte dos cidadãos); competitiva (que é cônica de que o consenso racional nem sempre é possível, pois paixões e interesses partidários também propulsionam os posicionamentos individuais — e, sendo assim, entende que a democracia deve consistir em um conjunto de procedimentos que permitam a expressão e o confronto entre os apoiadores das várias posições); e igualitária (embasada no ideal de igualdade fático-econômica, buscando-se reduzir o fosso social entre classes mediante mecanismos de equalização).

O debate em torno da justiça no domínio do aprendizado de máquina mostra uma falta profunda e preocupante: embora os pesquisadores estejam agindo e reagindo de maneira positiva e proativa, os cientistas de dados e os engenheiros de computação estão cada vez mais envolvidos na tomada de decisões que afetam indivíduos, operando como juizes nos processos de tomada de decisão e constituindo

¹⁹ ZUIDERVEEN BORGESIUUS, Frederik. **Discrimination, artificial intelligence, and algorithmic decision-making**. Strasbourg: Council of Europe, Directorate General of Democracy, 2018, p. 18-27.

²⁰ BERETTA, Elena; SANTANGELO, Antonio; LEPRI, Bruno; VETRO, Antonio; DE MARTIN, Juan Carlos. *The Invisible Power of Fairness. How Machine Learning Shapes Democracy*. In: MEURS, Marie-Jean; RUDZICZ, Frank (eds.). **Advances in Artificial Intelligence: 32nd Canadian Conference on Artificial Intelligence**, Canadian AI 2019 Kingston, ON, Canada, May 28–31, 2019 Proceedings. Montreal; Toronto: Springer, 2019, p. 238-250; p. 244-245.

uma espécie de poder invisível, enquanto a sociedade em geral deve desempenhar esse papel.²¹

Nemitz²² descreve os quatro elementos principais da concentração de energia digital de hoje, que precisam ser vistos na acumulação e que, vistos juntos, são uma ameaça à democracia e aos mercados em funcionamento. Em primeiro lugar, elenca o acúmulo de energia digital, que molda o desenvolvimento e a implantação da IA, bem como o debate sobre sua regulamentação, é baseado em quatro fontes de energia, concentrado em cinco empresas gigantes da informação (Google, Amazon, Microsoft, Apple e Facebook): muitos recursos financeiros (suficientes para a influência política e social e para adquirir novas ideias e start-ups na área de IA); controle crescente das infraestruturas do discurso público e o ambiente digital decisivo para as eleições; controle centralizado das informações pessoais (coleta, mineração e análise de dados pessoais); e domínio do desenvolvimento e da integração de sistemas em serviços de IA utilizáveis.²³

Ademais, a grande onda de inovação relacionada à informática foi impulsionada por uma ideologia (“californiana”) de contestação ao controle centralizado por governos, típica da geração que amadureceu durante as décadas de 1960/1970. Essa ideologia degradingolou para a contestação da própria lei mediante o desenvolvimento de suas atividades. Assim, a incompreensão, por parte dos governantes, da linguagem do desenvolvimento da IA, somada a essa ideologia anti-establishment, levou à emersão de uma ideia de falta de legitimidade do Estado (e de suas instituições, inclusive do Direito) em regular o desenvolvimento, inclusive, da IA. Isso deve ser potencializado, por outro lado, pelo fato de que os desenvolvedores de tecnologias tais como a IA pouco entendem daquilo que sejam o Estado de Direito, os Direitos Humanos e a Democracia — o que se revela na crescente onda de populismos na política mundial em decorrência da interferência de tais empresas em vários processos eleitorais, bem como em fatos tais como o escândalo Cambridge Analytica.²⁴

O design da IA para o desenvolvimento autônomo e seu uso muito difundido podem impactar de modo catastrófico a vida em sociedade. Esse é um argumento fundamental a favor de uma estrutura legal de precaução, estabelecendo as regras básicas necessárias para salvaguardar o interesse público no desenvolvimento e implantação de IA. Porém, espanta o quanto os defensores da lei da IA estão na defensiva hoje, pois existe uma longa história de regulamentação da tecnologia por lei (na engenharia e construção civil, na indústria automobilística, etc.). Ou seja: no passado e no presente a sociedade confirmou a experiência de que o Direito (e não a

²¹ BERETTA, Elena; SANTANGELO, Antonio; LEPRI, Bruno; VETRÒ, Antonio; DE MARTIN, Juan Carlos. The Invisible Power of Fairness. How Machine Learning Shapes Democracy In: MEURS, Marie-Jean; RUDZICZ, Frank (eds.). **Advances in Artificial Intelligence: 32nd Canadian Conference on Artificial Intelligence**, Canadian AI 2019 Kingston, ON, Canada, May 28–31, 2019 Proceedings. Montreal; Toronto: Springer, 2019, p. 238-250; p. 248.

²² NEMITZ, Paul. Constitutional democracy and technology in the age of artificial intelligence. **Philosophical Transactions of the Royal Society A**, v. 376, n. 2133, 2018. DOI: <http://dx.doi.org/10.1098/rsta.2018.0089>.

²³ NEMITZ, Paul. Constitutional democracy and technology in the age of artificial intelligence. **Philosophical Transactions of the Royal Society A**, v. 376, n. 2133, 2018. DOI: <http://dx.doi.org/10.1098/rsta.2018.0089>, p. 2-4.

²⁴ NEMITZ, Paul. Constitutional democracy and technology in the age of artificial intelligence. **Philosophical Transactions of the Royal Society A**, v. 376, n. 2133, 2018. DOI: <http://dx.doi.org/10.1098/rsta.2018.0089>, p. 4-6.

sua ausência), quando relacionado à tecnologia crítica, serve aos interesses do público em geral.²⁵

A política responsável terá que considerar o princípio da essencialidade (que prescreve que qualquer questão essencial, respectiva aos direitos fundamentais ou outra importante para o Estado, deve ser tratada por uma experiência parlamentar e democrática), que norteia a legislação nas democracias constitucionais há tanto tempo.²⁶ As democracias podem mais uma vez ter de arcar com novos riscos de impactos negativos substanciais. A IA agora — em contraste com a Internet — desde o início tem sido amplamente desenvolvida e implantada sob o controle das mais poderosas empresas de tecnologia da Internet, não sendo uma inovação infantil apresentada principalmente por acadêmicos e idealistas (como o foi a Internet). E essas poderosas empresas de tecnologia, que já se demonstraram pouco confiáveis, que buscam o interesse público em grande escala sem a mão dura da lei e sua rigorosa aplicação de limites e até mesmo dando orientações e orientações para a inovação.

Sendo assim, pode-se concluir, previamente, que há visões otimistas (embora não ingênuas) acerca das IA, que as veem como ferramentas de tradução e pesquisa de legislação mundial revolucionárias, no sentido de possibilitarem aos cidadãos de todo o mundo (democratizado ou não) contato com leis de países que têm na democracia e nos direitos humanos seus pilares jurídicos. Essa exposição poderia, aos poucos, informar e criar conhecimento comparado e, quiçá, fomentar o desejo por democratização (ou por renovação democrática) nos cidadãos.

Outras creem que a educação dos cientistas diretamente envolvidos com o desenvolvimento da (e com a) inteligência artificial deve pressupor não apenas o treino para habilidades técnicas atinentes às *hard sciences* (laboratoriais, de programação, etc.), devendo também o conhecimento ligado à inteligência humana — mais tácito, interdisciplinar, conhecedor do contexto sociopolítico em que o desenvolvimento da ciência se insere — ser inserido nas suas preocupações. Isso ajudaria a preservar o caráter democrático já em um metanível de desenvolvimento científico.

Contudo, apesar dessas boas promessas relacionadas à democratização, tem-se que o ataque à alteridade, à diversidade e à igualdade (tanto formal quanto material) que pode ser desencadeado com o uso da IA é muito possível. E isso é extremamente prejudicial para o desenvolvimento da democracia, que se embasa justamente nesses valores. É claro que tal forma tecnológica também tem o potencial de melhorar muito os processos comunicativos sociais, detectando discursos e práticas que poderiam atentar contra tais valores — mas este não se trata de um problema da tecnologia em si, mas sim do seu uso (como ocorre em qualquer outra tecnologia com grande potencial disruptivo).

Ademais, incorporar o conhecimento acerca da democracia nos algoritmos de tomada de decisão importantes para a sociedade (tais como políticos e jurídicos), no que concerne à preservação de valores democrático em tais estruturas lógico-numéricas

²⁵ NEMITZ, Paul. Constitutional democracy and technology in the age of artificial intelligence. **Philosophical Transactions of the Royal Society A**, v. 376, n. 2133, 2018. DOI: <http://dx.doi.org/10.1098/rsta.2018.0089>, p. 6-7.

²⁶ NEMITZ, Paul. Constitutional democracy and technology in the age of artificial intelligence. **Philosophical Transactions of the Royal Society A**, v. 376, n. 2133, 2018. DOI: <http://dx.doi.org/10.1098/rsta.2018.0089>, p. 8.

de programação, é tarefa mais complexa do que se pode pressupor. Mesmo o termo “democracia” é polissêmico, e a cada sentido a ele atribuído, assume diversas feições, que se refletem numa diversidade de prerrogativas, direitos e deveres dos cidadãos e governos. E preservar valores democráticos (mormente o Estado de Direito, a transparência, as liberdades civis e a pluralidade), mesmo que possa ser algo louvável da parte dos programadores, é uma decisão em si democrática, e que deve partir dos cidadãos eleitores, não dos designers dos algoritmos, precipuamente.

Cinco grandes empresas dominam o desenvolvimento da IA atualmente. E já se demonstraram pouco confiáveis no passado (em vários escândalos envolvendo desrespeito à ordem tributária, à privacidade, a princípios democráticos e à liberdade de expressão, para citar apenas alguns). Em que pese os desenvolvedores dessas tecnologias, no passado de desenvolvimento da informática e da internet, tenham agido sob um ímpeto ideológico contrário à regulamentação centralizada pelo Estado, é observável, na experiência social, que tecnologias críticas necessitam de regulamentação. Ademais, ao contrário do desenvolvimento da internet e da informática em suas priscas eras (em que acadêmicos e idealistas desenvolviam o processo de desenvolvimento), com a IA se está diante de gigantes corporativos poderosíssimos.

2 OPORTUNIDADES E DESAFIOS PARA A DEMOCRACIA ATRAVÉS DO USO DA INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL

Alguns pensadores têm elaborado ideias acerca de possibilidades de governo mais ou menos democráticas com o uso da IA. Nesse sentido, David Cortés Olivo²⁷ descreve que seria possível pensar uma organização política no futuro a partir do estabelecimento de uma ordem de autômatos em grandes regiões (controladas por IA), sendo que estruturas democráticas poderiam ser mantidas localmente. Assim, computadores seriam responsáveis por decisões em larga escala, estando sob a responsabilidade dos cidadãos humanos apenas as decisões mais localizadas. A essa conclusão se chegaria porque o temor da chegada de tecnologias e inteligências artificiais ao governo não deveria ser maior do que continuar o mesmo caminho de adaptação dos desenvolvimentos tecnológicos. Prevê-se, inclusive, que não haverá medo de delegar novas tarefas às máquinas: a delegação de decisões políticas à IA está sendo uma opção e, aos poucos, será mais comum ouvi-la e apoiá-la. É claro que o tom do autor é crítico, indicando que, assim concebendo ideias, a sociedade começa a incorporar as descobertas da inteligência artificial assumindo um papel secundário, e todo tipo de inovação começa a ser guiado por computadores.²⁸

A IA pode ser aplicada em quase qualquer lugar, pois criar e adaptar a IA para uma determinada situação requer apenas quatro itens: capacidade de computação, experiência, dados e um algoritmo. Conforme a sociedade produz e armazena cada vez mais dados, e as capacidades de processamento e velocidade de transferência de

²⁷ OLIVO, David Cortés. La incorporación de la inteligencia artificial en el poder público. La política en el mundo inteligente. *Revista Conjeturas Sociológicas*, n. 19, a. 7, p. 36-75, 2019. Disponível em: <http://revistas.ues.edu.sv/index.php/conjsociologicas/article/view/1485>. Acesso em: 10 dez 2019, p. 46.

²⁸ OLIVO, David Cortés. La incorporación de la inteligencia artificial en el poder público. La política en el mundo inteligente. *Revista Conjeturas Sociológicas*, n. 19, a. 7, p. 36-75, 2019. Disponível em: <http://revistas.ues.edu.sv/index.php/conjsociologicas/article/view/1485>. Acesso em: 10 dez 2019, p. 53.

computadores aumentam, a IA simplesmente será aplicada. A maioria dos algoritmos necessários tem décadas, código aberto e facilidade de acesso. A experiência, no entanto, continua a ser a chave para desbloquear o potencial da IA, colocando experts, políticos e acadêmicos do assunto em posições cada vez mais poderosas — o que se deve a algumas características sobre o potencial e o uso da IA.²⁹

Tarefas bem definidas e estreitas (como calcular as trajetórias estimadas de um objeto) são um campo onde um agente de IA pode ser bem sucedido, pois apenas exigem alguns parâmetros de cálculo bem conhecidos — bastando que a IA os aprenda, mesmo sem entender o porquê. Mas tarefas mais gerais desafiam muito mais os agentes de IA. O contexto de cada habilidade ou tarefa pode mudar, bem como o ambiente e o raciocínio necessário para realizar tarefas diferentes.

Muitas das áreas em que a IA é vista como benéfica são aquelas com grandes quantidades de dados, onde a estrutura da tarefa é geralmente conhecida e onde há uma maneira de verificar facilmente sua conclusão correta (como alguns tipos de diagnósticos médicos e processamento de linguagem natural).³⁰ Mas muitas das aplicações que têm sido propostas para a IA são incorporadas em estruturas sociais e políticas, e as decisões e ações que um sistema de IA toma afetam essas estruturas (tais como o uso do sistema de crédito social pelo governo chinês para monitorar e limitar as ações de seu povo). Se a vigilância e a limitação de liberdades específicas são consideradas violações aos direitos humanos, então a mera disponibilidade de IA para possibilitar essas violações de direitos poderia consolidar ainda mais as crenças sobre classes particulares de pessoas poderia dar origem a novas populações vulneráveis e até levar a condições desestabilizadoras no sistema internacional.

Uma capacidade (que reforça uma possibilidade) do ser humano é a interação política democrática.³¹ Ferramentas de IA têm a capacidade de calcular e seguir ordens algorítmicas, mas a partir de parâmetros criados pela inteligência humana. Ademais, tais máquinas não são capazes de pensar conscientemente — ao contrário da inteligência humana, que as programa. Assim, estabelecer e manter formas democráticas de governo deve ser uma decisão humana consciente. E nesse sentido, duas áreas precisam da atenção imediata para a identificação dos benefícios e minimização dos danos da IA: tecnologicamente é necessário reconhecer que não há teoria ou princípio abrangente pelo qual os cientistas da computação decidam como pesar valores em seus sistemas; empírica e normativamente, é imperioso discutir de uma perspectiva interdisciplinar sobre quais tipos de conhecimento são apropriados para vários usos da IA.³² Essencialmente, o uso da IA em aplicativos que lidam com tarefas relacionadas ao comportamento humano e que afetam os direitos exige boas teorias éticas — cuja construção exige pensar profundamente sobre a realidade

²⁹ ROFF, Heather M. Artificial Intelligence: Power to the People. *Ethics & International Affairs*, v.33, n. 2, p. 127-140, 2019. Disponível em: <https://www.cambridge.org/core/terms>. Acesso em: 7 dez 2019. DOI: <https://doi.org/10.1017/S0892679419000121>, p. 128.

³⁰ ROFF, Heather M. Artificial Intelligence: Power to the People. *Ethics & International Affairs*, v.33, n. 2, p. 127-140, 2019. Disponível em: <https://www.cambridge.org/core/terms>. Acesso em: 7 dez 2019. DOI: <https://doi.org/10.1017/S0892679419000121>, p. 134.

³¹ GLASSMAN, Robert M. Will Artificial Intelligence (AI) Make Democracy Irrelevant? In: GLASSMAN, Robert M. (Eds.). *The Future of Democracy*. Cham: Springer, 2019, p. 189-198.

³² ROFF, Heather M. Artificial Intelligence: Power to the People. *Ethics & International Affairs*, v.33, n. 2, p. 127-140, 2019. Disponível em: <https://www.cambridge.org/core/terms>. Acesso em: 7 dez 2019. DOI: <https://doi.org/10.1017/S0892679419000121>, p. 139.

objetiva, se existe uma, se é possível mensurá-la, e se é algo realmente desejado. Afinal, essa realidade pode ser justa, injusta ou prejudicial.

Normativamente, a IA nunca terá capacidade suficiente para determinar o que é moralmente correto. Não se pode falar sobre IA ética, porque toda AI é baseada em observações empíricas — não sendo possível obter “dever ser” a partir de um “ser”. Uma visão clara sobre projeto, construção e implantação da IA permite concluir que todas as questões normativas em torno de seu desenvolvimento e implantação são aquelas que os humanos têm tido há milênios.³³

Se for desejado que a IA realize suas tarefas de maneira ética, ela deve ser treinada para isso. Sua simples alimentação dados não afastará o perigo da tirania das massas. É necessário clareza sobre os recursos da IA, suas limitações, quais problemas são mais adequados para resolver e quais exigem insights e conhecimento latente, muitas vezes não encontrados na disciplina de ciência da computação. Somente agentes capazes de serem éticos podem projetar sistemas de maneira ponderada e responsável; somente eles são agentes morais.³⁴

A IA pode ter um grande impacto na maneira como os cidadãos interagem com seu governo, por exemplo — sendo que, embora a IA não seja uma solução para os problemas do governo, trata-se de uma ferramenta poderosa para aumentar a sua eficiência.³⁵ A implementação e o uso da IA nos serviços aos cidadãos também podem indicar como o setor público é capaz de alavancar outras ferramentas digitais emergentes. Mas a IA levanta questões sobre privacidade, sobre o ritmo acelerado de sua adoção, e sobre a capacidade dos seres humanos em acompanhar o ritmo da automação. O uso anterior da IA — começando com aplicativos de baixo risco na prestação de serviços — poderia abrir caminho para o feedback e para o envolvimento dos cidadãos sobre essas e outras questões sobre suas ferramentas emergentes. A partir do aumento da interação entre humano e IA, e com base nos esforços de modernização existentes, a prestação de serviços aos cidadãos poderá refletir a maneira como os cidadãos interagem com a tecnologia em suas vidas.

As tecnologias baseadas em IA podem mudar radicalmente o paradigma político existente, capacitando formas mais difusas de participação política além das eleições³⁶ — especialmente num contexto mundial emergente em que, em razão de ideias como transparência e *accountability* em relação aos governos, ocorre a divulgação irrestrita de dados governamentais online. As tecnologias relacionadas à IA e os dados abertos públicos, quando combinados, podem abrir espaço para formas mais difusas de participação política para além do voto em eleições periódicas e esporádicas.

³³ ROFF, Heather M. Artificial Intelligence: Power to the People. *Ethics & International Affairs*, v.33, n. 2, p. 127-140, 2019. Disponível em: <https://www.cambridge.org/core/terms>. Acesso em: 7 dez 2019. DOI: <https://doi.org/10.1017/S0892679419000121>, p. 128.

³⁴ ROFF, Heather M. Artificial Intelligence: Power to the People. *Ethics & International Affairs*, v.33, n. 2, p. 127-140, 2019. Disponível em: <https://www.cambridge.org/core/terms>. Acesso em: 7 dez 2019. DOI: <https://doi.org/10.1017/S0892679419000121>, p. 140.

³⁵ MEHR, Hila. *Artificial Intelligence for Citizen Services and Government*. Cambridge, MA: Ash Center for Democratic Governance and Innovation, Harvard Kennedy School, 2017. Disponível em: https://ash.harvard.edu/files/ash/files/artificial_intelligence_for_citizen_services.pdf Acesso em: 7 dez 2019, p. 15.

³⁶ SAVAGET, Paulo; CHIARINI, Tulio; EVANS, Steve. Empowering political participation through artificial intelligence. *Science and Public Policy*, v. 46, n. 3, p. 369–380, 2019. DOI: 10.1093/scipol/scy064, p. 369.

Seria ingênuo adotar uma abordagem unicamente positivista em relação ao desenvolvimento tecnológico, que as considere uma via única para o futuro e valorativamente neutras. Assim, as perspectivas positivas e negativas da influência da IA no aprimoramento da democracia e no empoderamento público devem mais investigadas. Efeitos deletérios podem ocorrer se elites poderosas ou governos utilizarem novas tecnologias para padronização, controle ou repressão.³⁷ Os algoritmos podem minar a justiça e a qualidade do discurso político, refletindo os valores de seus criadores e seus usos pretendidos. Há diversas evidências, na literatura científica, de que bots — contas autônomas programadas para espalhar mensagens para criar a ilusão de apoio público — têm sido usado em eleições nos EUA, Alemanha, Reino Unido, França e Brasil. Esses dispositivos empregam tecnologias baseadas em IA para manipular cidadãos durante as campanhas eleitorais, moldar o discurso público e distorcer o sentimento político. Também o “efeito de ressonância” (sugestões personalizadas para cada indivíduo, gradualmente reforçadas pela repetição e levam a “filtros de bolhas”) pode ser causado pelas tecnologias de IA. Esse uso intensivo e em larga escala pode gerar polarização social, ocasionando a brutalização do comportamento no mundo digital e físico, comprometendo a coesão social.

Mas apesar dos sérios argumentos e fatos que demonstram riscos do uso da IA à democracia, há também uma visão mais otimista, segundo a qual ela poderia oferecer assistência poderosa à democracia, aproximando cidadãos desprovidos dos serviços da administração pública. A literatura de ciência política reconhece que a participação do cidadão tem efeitos positivos na qualidade da democracia. Seria, portanto, desejável abrir espaço para que os cidadãos se envolvessem em assuntos políticos, em vez de depender inteiramente de uma elite de representantes eleitos a cada quatro ou cinco anos.

A IA permite que os excluídos em países com muitos idiomas oficiais (como a Índia) sejam capacitadas com ferramentas de tradução automática para permitir que votem. Durante as campanhas eleitorais, essas tecnologias também podem envolver os eleitores e ajudá-los a se informarem cada vez mais sobre as principais questões políticas, superando paroquialismos e preconceitos locais, bem como o machismo nacional, dando volume e força à voz das pessoas para garantir que suas reivindicações sejam ouvidas pelos representantes eleitos. Ademais, as tecnologias de IA podem desempenhar um papel importante na extração de dados de blogs públicos, fóruns e imprensa, e ajudar os formuladores de políticas a delinear a opinião pública e questões controversas, influenciando o planejamento e a implementação de políticas.

A IA e o aprendizado de máquina podem aproximar a sociedade civil da Administração, permitindo que os cidadãos enfrentem problemas para os quais grandes volumes de dados são relativamente fáceis de coletar³⁸ — sistemas especializados para realizar tarefas específicas de solução de problemas e orientadas por hipóteses, permitindo o processamento de dados em enormes escalas, acelerando a descoberta de anomalias e padrões. A IA pode mudar a democracia para melhor ou para pior, sendo utilizada maléfica ou benéficamente, e seus resultados podem ser

³⁷ SAVAGET, Paulo; CHIARINI, Tulio; EVANS, Steve. Empowering political participation through artificial intelligence. *Science and Public Policy*, v. 46, n. 3, p. 369–380, 2019. DOI: 10.1093/scipol/scy064, p. 370.

³⁸ SAVAGET, Paulo; CHIARINI, Tulio; EVANS, Steve. Empowering political participation through artificial intelligence. *Science and Public Policy*, v. 46, n. 3, p. 369–380, 2019. DOI: 10.1093/scipol/scy064, p. 371.

percebidos de forma diferente pela sociedade em geral. Portanto, é fundamental esclarecer não apenas as mudanças que acarretam, mas também as razões e os meios dessas mudanças, e em benefício de quem elas ocorrem.

Atualmente o foco da academia, dos investimentos e do debate político sobre IA está nos mercados e armas. Contudo, também há um setor crescente de pesquisa em relação à IA, bem como políticas públicas e questões éticas básicas sobre como as sociedades devem avaliar e gerenciar as consequências de um mundo impulsionado por decisões automatizadas. Mas a pesquisa e a análise na interseção entre a IA e a política externa é bastante subdesenvolvida. Comentários sobre o papel da diplomacia e da administração estatal são escassos.³⁹ Apesar disso, há importantes implicações para o desenvolvimento de políticas e o trabalho programático para serviços estatais de relações exteriores. Pode-se dizer que a política externa possui desafios implícitos em três áreas em que a IA terá um impacto poderoso: economia global, segurança internacional e ética democrática.

Ministérios das Relações Exteriores, na maioria das democracias liberais, trabalham com duas tarefas diretas e relacionadas, que refletem os valores das sociedades abertas: i) promover e fortalecer instituições democráticas que protegem a igualdade e a representação social; ii) buscar por sistemas de governança, comércio e segurança baseado em direitos humanos na comunidade internacional. O surgimento da IA desafia esses dois objetivos, mas também acarreta-lhes oportunidades. Áreas prioritárias para planejadores de política externa podem ser focadas em dois conjuntos de questões de mitigação de risco:⁴⁰ i) práticas de vigilância aprimoradas pela IA que podem restringir direitos e liberdades civis; ii) conflito sociocultural que pode ser aprofundado através da perpetuação de viés social e discriminação enraizados nos algoritmos de IA.

A transformação da IA no processamento de dados (incluindo reconhecimento facial e de voz, quebra de código e correlação de padrões de fatos) é um divisor de águas para as operações de inteligência e vigilância policial. Nas democracias liberais, isso levanta uma série de questões éticas sobre as restrições impostas a esse poder e o estabelecimento de uma supervisão adequada. À diplomacia cabe comunicar essas políticas ao mundo, buscando credibilidade que possa apoiar a liderança em uma agenda de direitos humanos.⁴¹

Apesar de o impacto relacionado aos aspectos deletérios aos direitos humanos causados pela IA ser maior no curto prazo em estados não democráticos (em razão do seu interesse em vigilância e censura motivada por preocupações com a segurança nacional), ocorre um crescente interesse nessas tecnologias pelas agências policiais e de segurança nacional em todo o mundo. Provavelmente a proliferação da IA com foco em vigilância aumente a frequência de escândalos relacionados à censura e à vigilância

³⁹ SCOTT, Ben; HEUMANN, Stefan; LORENZ, Philippe. **Artificial Intelligence and Foreign Policy**. Stiftung Neue Verantwortung Policy Brief, January 2018. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3103961>. Acesso em: 9 dez 2019, p. 31.

⁴⁰ SCOTT, Ben; HEUMANN, Stefan; LORENZ, Philippe. **Artificial Intelligence and Foreign Policy**. Stiftung Neue Verantwortung Policy Brief, January 2018. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3103961>. Acesso em: 9 dez 2019, p. 27.

⁴¹ SCOTT, Ben; HEUMANN, Stefan; LORENZ, Philippe. **Artificial Intelligence and Foreign Policy**. Stiftung Neue Verantwortung Policy Brief, January 2018. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3103961>. Acesso em: 9 dez 2019, p. 28.

mesmo em países democráticos. Para planejadores de política externa, esses desenvolvimentos sinalizam uma intensificação de estratégias de denúncia de atitudes dos governos pela sociedade civil, e uma crescente necessidade de proteger a privacidade e a comunicação de jornalistas, dissidentes e ativistas da sociedade civil em estados não liberais.

Ademais, os esforços relacionados ao crescimento econômico por meio dos mercados de IA poderão causar a proliferação de produtos e serviços que têm consequências sociais desconhecidas e não testadas. Atualmente há pesquisas consideráveis sobre as consequências não intencionais de ferramentas decisórias automatizadas que podem replicar e aprofundar a discriminação social. A IA deriva sua inteligência do aprendizado, cuja lógica é inferida a partir de grandes quantidades de dados de treinamento e nos parâmetros originais usados para o desenvolvimento dos algoritmos. Consequentemente, seu raciocínio e suas ações refletem a qualidade dos dados que foram utilizados para o treinamento, bem como as tendências dos programadores.

À medida que se usam cada vez mais a IA para decidir sobre acesso e alocação de ações sociais e econômicas, corre-se o risco de minar os valores básicos de justiça e não discriminação nos setores público e privado. Embora a IA possa aumentar a imparcialidade na tomada de decisões (removendo elementos tendenciosos humanos), existe uma lógica inversa de injetar o viés incorporado à máquina. Os debates recentes sobre policiamento preditivo são exemplares para preocupações maiores de que a IA poderia minar os direitos civis, reproduzindo vieses relativos à raça, etnia, gênero, orientação sexual e renda. Os Ministérios das Relações Exteriores devem avaliar como esses debates refletem riscos importantes para as instituições democráticas e os direitos civis e levantar essas questões com outros governos. Em sua própria prática, os ministérios que adotam a IA para projetos de ajuda ao desenvolvimento devem manter o foco no problema do viés.⁴²

Uma área que muito contribui para a denúncia da corrupção (e, por isso também, auxilia na criação de pressão por maior transparência dos governos) é o jornalismo investigativo. Tais resultados políticos, jurídicos e éticos auxiliam, por via indireta (mas nem por isso menos importante) na democratização de uma sociedade, pois têm o poder de demonstrar que “o rei está nu” e que, portanto, as instituições e o povo precisa tomar atitudes em relação ao governo que está a desrespeitar o Estado de Direito, os direitos humanos (muitas vezes) e, por fim, os valores democráticos. Nesse sentido, o artigo de Jonathan Stray⁴³ acerca da possibilidade de uso efetivo da IA no jornalismo investigativo é bastante elucidativo. Geralmente os pesquisadores propunham que a IA poderia ser usada para "reconhecimento de padrões" em grandes conjuntos de dados de interesse público, reduzindo bastante o esforço humano necessário para produzir histórias. Mas há várias razões pelas quais isso será difícil: a dificuldade no acesso a dados (que frequentemente precisam ser solicitados, raspados, comprados ou negociados); a unicidade dos projetos de investigação (sendo que os custos de

⁴² SCOTT, Ben; HEUMANN, Stefan; LORENZ, Philippe. **Artificial Intelligence and Foreign Policy**. Stiftung Neue Verantwortung Policy Brief, January 2018. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3103961>. Acesso em: 9 dez 2019, p. 29-30.

⁴³ STRAY, Jonathan. Making Artificial Intelligence Work for Investigative Journalism. **Digital Journalism**, v. 7, n. 8, p. 1076-1097, 2019. DOI: 10.1080/21670811.2019.1630289.

desenvolvimento dos modelos de IA, portanto, não podem ser amortizados entre as histórias); a complexidade das tarefas exigidas no jornalismo investigativo (muito maior do que o estado da arte dos métodos); a possibilidade enorme de se incorrer em desrespeito a preceitos éticos profissionais e a leis que protegem a honra (requerendo sempre, portanto, a intervenção humana); e os custos de engenheiros de IA (que geralmente são maiores do que os de repórteres).⁴⁴

Outra área em que foi proposto o uso de IA em relação ao jornalismo investigativo seria a identificação de notícias em dados que passariam despercebidos pela atenção humana. Contudo, especificar quais tipos de padrões de fatos constituem uma história interessante para o jornalismo investigativo é um problema extremamente desafiador (pois as noções acerca disso dificilmente são convertíveis em código). Até se poderia pensar em sistemas de IA que aprendessem isso a partir de exemplos humanos, mas isso replicará qualquer tendência de opinião existente. Assim, se os algoritmos de busca de histórias investigativas forem amplamente utilizados, é de se esperar que eles sejam objeto de controvérsia social e política.⁴⁵

Além disso, no nível mais alto de abstração do jornalismo investigativo, geralmente surge uma investigação quando um repórter percebe uma diferença entre a realidade observada e o que deveria ser (conforme articulado em lei ou política).⁴⁶ Em princípio, a IA poderia ser usada para avaliar tanto a realidade quanto o modo como ela deveria ser — mas determinar a realidade objetiva é uma tarefa extremamente complexa, sendo a principal e difícil tarefa dos relatórios investigativos. E dispor o que deveria ser é uma questão ainda mais complexa, pois a lei e a política capturam apenas parte do que é certo, as pessoas discordam por boas razões, e as respostas são inevitavelmente políticas. Por fim, a IA de jornalismo investigativo requer grandes quantidades de registros públicos, seu profundo entendimento contextual e opiniões sobre o certo e o errado.⁴⁷

As únicas tarefas realizáveis pela IA que poderiam, assim, vir a beneficiar em curto o prazo o jornalismo investigativo seriam a limpeza e a discussão de dados.⁴⁸ Esses trabalhos normalmente consomem muito do tempo necessário para produzir uma história investigativa orientada por dados; as operações necessárias tendem a ser mais simples e menos abertas do que outras tarefas investigativas. Os registros-fonte primários nos quais os jornalistas devem confiar são assustadoramente diversos e confusos, o que torna a extração de dados e a vinculação probabilística de alvos promissores para a automação da IA.

As democracias modernas são caracterizadas por, dentre outros fatores, defender o compromisso com um conjunto de princípios fundamentais, tais como o Estado de Direito, a igualdade, liberdades civis e políticas, devido processo, etc. — desafiados, de

⁴⁴ STRAY, Jonathan. Making Artificial Intelligence Work for Investigative Journalism. *Digital Journalism*, v. 7, n. 8, p. 1076-1097, 2019. DOI: 10.1080/21670811.2019.1630289, p. 1093.

⁴⁵ STRAY, Jonathan. Making Artificial Intelligence Work for Investigative Journalism. *Digital Journalism*, v. 7, n. 8, p. 1076-1097, 2019. DOI: 10.1080/21670811.2019.1630289, p. 1094.

⁴⁶ BROUSSARD, Meredith. Artificial Intelligence for Investigative Reporting, *Digital Journalism*, v. 3, n. 6, p. 814-831, 2015. DOI: 10.1080/21670811.2014.985497, p. 818.

⁴⁷ STRAY, Jonathan. Making Artificial Intelligence Work for Investigative Journalism. *Digital Journalism*, v. 7, n. 8, p. 1076-1097, 2019. DOI: 10.1080/21670811.2019.1630289, p. 1095.

⁴⁸ STRAY, Jonathan. Making Artificial Intelligence Work for Investigative Journalism. *Digital Journalism*, v. 7, n. 8, p. 1076-1097, 2019. DOI: 10.1080/21670811.2019.1630289, p. 1095.

diversas maneiras, pela IA. E esse compromisso é diretamente desafiado pela IA:⁴⁹ i) a transformação da IA em “arma” para corromper eleições democráticas (mediante o ataque cibernético, bem como pela difusão generalizada de informações, muitas vezes falsas, que fazem erodir a fé dos cidadãos no processo eleitoral); ii) agentes mal intencionados podem usar a IA para enfraquecer as instituições democráticas, minando os órgãos da sociedade civil e a liberdade de imprensa; iii) o impacto mais pernicioso da IA é o efeito sobre os valores centrais da democracia. A própria estrutura da IA resiste a três dos principais recursos da democracia: transparência, responsabilidade e justiça. E, ao lado disso, há um ideal mal compreendido e muito difundido, de “neutralidade” tecnológica, quando na verdade as tecnologias têm o potencial de exacerbar tendências, preconceitos e vícios humanos.

Para além dos importantíssimos riscos da IA relacionados à concretização de injustiças e discriminações preconceituosas, Boyd e Wilson⁵⁰ elencam mais três possibilidades alarmantes:

i) *Riscos de caos econômico e a transformação do trabalho*: A IA tem o potencial de perturbar maciçamente os sistemas econômicos — principalmente no que tange ao desemprego em massa devido à automação. Novos empregos criados pelas necessidades econômicas atinentes ao desenvolvimento da IA podem não ser atividades que determinados mercados de trabalhos regionais sejam capazes de absorver e capitalizar. Há o risco de os sistemas econômicos atuais se tornarem ainda mais desiguais com a chegada da IA, fazendo-se necessária uma nova e equânime distribuição de recursos, pois muitos trabalhadores passarão a sofrer sem culpa alguma. É estarrecedora a possibilidade de se ter um grande número de cidadãos economicamente sem valor e uma minoria de pessoas tecnologicamente capacitadas adquirindo riqueza e influência sem precedentes.

ii) *Riscos do domínio da IA no discurso da mídia*: a psicologia humana é explorável em razão dos preconceitos e heurísticas de pensamento que controlam as informações em que o ser humano acredita. A psicologia humana já é explorada por publicidade, e a manipulação tecnológica da opinião pública é uma ocorrência diária. Entidades públicas e privadas já usam “grandes cutucadas” (*big nudging*) para fornecer informações que exploram a relação entre vieses psicológicos e comportamento. Ademais, notícias falsas (*fake news*) podem gerar comportamento real. A exploração psicológica é possível em uma escala sem precedentes com a ajuda de máquinas inteligentes que exploram a estrutura e a função das mídias sociais e vastos conjuntos de dados. Combinados, os *big nudging*, o conteúdo falso, a maior compreensão da psicologia humana e de suas vulnerabilidades e a capacidade da IA de individualizar o conteúdo têm o potencial de minar não apenas a verdade, mas também o livre arbítrio, autonomia e democracia. Se os sistemas de IA de grupos de interesse se tornarem proficientes na exploração de padrões de causa e efeito de que nem sequer estamos cientes, a realidade poderá retroceder em uma torrente de conteúdo artificial que permanecerão alheios ao controle pela inteligência humana.

⁴⁹ MANHEIM, Karl Manheim; KAPLAN, Lyric. Artificial Intelligence: Risks to Privacy and Democracy. **The Yale Journal of Law and Technology**, v. 21, p. 106-188, 2019, p. 133 e ss.

⁵⁰ BOYD, Matthew; WILSON, Nick. Rapid Developments in Artificial Intelligence: how might the New Zealand government respond? **Policy Quarterly**, v. 13, n. 4, p. 37-43, 2017, p. 38-40.

iii) *Segurança e riscos existenciais*: Sistemas de inteligência artificial podem ser vulneráveis a ataques cibernéticos e avanços em sistemas de armas e inteligência estrangeiros. Os sistemas autônomos de armas podem ser de desativação extremamente difícil para evitar interferências inimigas, mas isso pode torná-los inerentemente perigosos. Além disso, alguns dos riscos da IA parecem ser genuinamente existenciais. A pesquisa e o desenvolvimento da IA podem ser mais rápidos do que o esperado e pegar os formuladores de políticas desprevenidos quando enfrentamos sistemas que não entendemos. O risco existente da IA pode ser possível em um dos vários cenários: a) se a IA for programada para fazer algo devastador; b) se a IA escolher um método destrutivo ou perverso para buscar objetivos benevolentes.

A IA pode representar uma ameaça existencial ao fazer algo acidental ou inesperado (disparo de armas nucleares sem uma compreensão das conseqüências do ser humano, criar um patógeno biológico sem saber que infectará seres humanos, etc.). Os sistemas de IA não precisam ser robóticos para representar uma ameaça existencial física para os seres humanos; há muitas informações que podem ser controladas e interferidas por meio da conexão à Internet.

Há, conforme Ünver,⁵¹ um erro em que a maioria dos cientistas da computação se depara ao elaborar algoritmos para fins sociais: crer que o comportamento humano pode ser quantificável, que os detalhes das ações humanas podem ser medidos por meio de dados de proxy, e que costumes, protocolos e procedimentos humanos que foram moldados ao longo dos séculos são inerentemente inferiores ou irrelevantes para o poder do progresso tecnológico.

Isso não significa que a IA não pode ter usos benéficos, inclusive tornando a política mais eficiente ou sensível às necessidades dos cidadãos. A ampliação do espaço para a representação democrática, descentralizando-se sistemas de informação e plataformas de comunicação, pode ser atingida mediante o bom uso da IA. A autonomia informacional dos cidadãos e a maneira como informações relativas aos processos políticos podem ser melhoradas também mediante o uso e o desenvolvimento da IA. Ademais, até mesmo a transparência da política pode ser melhorada mediante ferramentas de IA, reduzindo a opacidade e a irresponsabilidade — podendo ser estabelecidas relações de maior confiança entre o Estado e a sociedade e entre os próprios cidadãos. Pode melhorar as comunicações nas plataformas de mídias sociais, acabando até mesmo com a influência das câmaras de eco.

Afirmar, assim, que a IA é uma força autônoma é observar o futuro da política com lentes defeituosas. Os sistemas de IA continuarão a refletir o viés do codificador, nunca atingindo um nível perfeito de inteligência, uniforme em seu sentido de justiça, medição e cálculos. Assim, o impacto da IA sobre a política resultará diretamente da codificação das relações de poder nas plataformas algorítmicas, e do modo como diferentes representações de poder, legitimidade e autoridade do código influenciarão a forma como diferentes IAs verão a política como um meio versus um fim. Ao fim e ao cabo, serão estruturas pré-existentes de energia humana e geradoras de renda que terão o impacto mais significativo sobre como os algoritmos afetarão a política, em vez

⁵¹ ÜNVER, Hamid Akin. Artificial Intelligence, Authoritarianism and the Future of Political Systems (July 15, 2018). *EDAM Research Reports*, 2018. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3331635>. Acesso em: 13 dez 2019, p. 15.

da IA em si como uma entidade independente, e diferentes modelos de negócios de grande tecnologia, em vez de tipos de regime político, terão a maior influência sobre como os algoritmos serão implantados na política.⁵²

Após essas outras constatações, é possível realizar mais algumas conclusões prévias. Em primeiro lugar, tem-se que a aplicação da IA na forma de ferramentas e sistemas exige, em primeiro lugar, a consciência, por parte tanto dos seus desenvolvedores técnico-científicos quanto dos elaboradores de políticas públicas que envolvem seu uso, a consciência de que há áreas cuja aplicabilidade é mais adequada do que outras (as quais poderiam acarretar ofensas aos direitos fundamentais dos cidadãos, riscos à segurança da população e danos políticos internacionais, por exemplo). Ademais, um conhecimento transdisciplinar acerca dessas informações, bem como da incapacidade moral da IA (pois se trata de uma ferramenta, não de um ente dotado de ética), pode traçar diretrizes prévias para seu uso correto, a partir do treino da máquina com o conhecimento ético que envolve a ação humana.

O uso da IA nos serviços públicos, por exemplo, apesar de não resolver necessariamente todos os problemas do governo, poderia aumentar muito a sua eficiência (dado que tais sistemas não são caracterizados pela mesma possibilidade de falha que o humano possui, por diversas razões naturais). Mas o conhecimento das possíveis inadequações do uso, bem como dos riscos que podem acarretar aos cidadãos, deve ser crucialmente levados em consideração quando da sua aplicação. Talvez não se trate, exatamente, da democratização mediante a aplicação de IA no sentido decisório (tanto em períodos eleitorais quanto em deliberações mediante vias diretas de democracia, por exemplo), mas os serviços públicos potencializados pelo uso de IA, e assim tornados mais eficientes e abrangentes (talvez a menores custos dos recursos tempo e dinheiro) podem promover uma democratização do acesso em geral a vários bens da vida necessários para o desenvolvimento humano (relacionados, por exemplo, à seguridade social, aos cuidados de saúde e à educação, além de vários acessos burocráticos procedimentais).

A pressuposição de que democracia é algo muito mais abrangente do que apenas o ponto culminante do processo decisório público (a votação periódica e esporádica), abrangendo também (e talvez, precisamente) as dimensões da obtenção e processamento da informação, discussão para a formação de opinião qualificada, a resistência ao governo e, principalmente, o desenvolvimento de uma cultura de governança mais horizontalizada e plural, permite a visualização das tecnologias de IA como importantes para a democratização.

Não apenas em nível interno deve-se focar a manutenção dos valores democráticos política e tecnicamente no que tange à IA. A diplomacia dos países democráticos devem, em nível internacional/global, promover tais valores de modo orientado à IA e outras tecnologias, apontando os riscos que podem acarretar aos direitos humanos, ao Estado de Direito e à democracia em suas ações políticas.

Reconhece-se a importância do jornalismo investigativo para a manutenção de pilares dos valores democráticos, tais como a transparência. Contudo, nessa área a IA

⁵² ÜNVER, Hamid Akin. Artificial Intelligence, Authoritarianism and the Future of Political Systems (July 15, 2018). **EDAM Research Reports**, 2018. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3331635>. Acesso em: 13 dez 2019, p. 16.

não seria de muita valia em curto prazo (com exceção de algumas tarefas bastante repetitivas e de pouca possibilidade de serem afetadas por qualquer viés político), pois as maiores necessidades relacionadas a essa área — a saber, ter o “faro” para a notícia e saber confrontar dados descritivos da realidade objetiva com a deontologia do Direito e da ética — ainda são complexas demais para o que se conhece da IA.

CONCLUSÃO

Democracia é um termo muito mais abrangente do que apenas o ponto culminante do processo decisório público (a votação periódica e esporádica), abrangendo também (e talvez, precisamente) as dimensões da obtenção e processamento da informação, discussão para a formação de opinião qualificada, a resistência ao governo e, principalmente, o desenvolvimento de uma cultura de governança mais horizontalizada e plural, permite a visualização das tecnologias de IA como importantes para a democratização. Nesses termos, há visões otimistas (embora não ingênuas) acerca das IA, que as veem como ferramentas para melhor informar os cidadãos e, assim, oferecer a oportunidade de melhor incluí-los nos processos comunicativos políticos (para a tradução, pesquisa, informação, etc.). Há, também, certos consensos, principalmente de que não basta, aos desenvolvedores de IA, conhecerem apenas do seu ramo de expertise: a interdisciplinaridade para com as humanidades é essencial para que ferramentas de IA sejam desenvolvidas de modo democrático.

Apesar de alguns bons prognósticos, o ataque à alteridade, à diversidade e à igualdade (tanto formal quanto material) pode ser desencadeado com o uso da IA — o que é sobremaneira prejudicial para o desenvolvimento da democracia, embasada em tais valores. É claro que tal forma tecnológica também tem o potencial de melhorar muito os processos comunicativos sociais, detectando discursos e práticas que poderiam atentar contra eles — mas este não se trata de um problema da tecnologia em si, mas sim do seu uso e programação, que pode absorver as tendências viciosas e preconceituosas dos programadores.

Por fim, tem-se que, pelo menos até onde se conhece, a IA dificilmente terá conhecimento normativo. O comportamento humano e todas as suas nuances, moldadas na forja de séculos de comunicação social, não é também inteiramente quantificável e traduzível em algoritmos. Portanto, mesmo com um desenvolvimento e uma difusão bastante consideráveis da IA, os valores sobre os quais tais ferramentas tomam decisões são decorrentes da opinião e do convívio humano dos seus programadores — e é justamente na inteligência humana que, democraticamente, se deve investir energia e recursos para se ter uma IA que corrobore com a democracia.

REFERÊNCIAS

BAROCAS, Solon; SELBST, Andrew D. Big Data’s Disparate Impact. *California Law Review*, v. 104, n. 3, p. 671-732, 2016.

BERETTA, Elena; SANTANGELO, Antonio; LEPRI, Bruno; VETRÒ, Antonio; DE MARTIN, Juan Carlos. The Invisible Power of Fairness. How Machine Learning Shapes Democracy In:

MEURS, Marie-Jean; RUDZICZ, Frank (eds.). **Advances in Artificial Intelligence: 32nd Canadian Conference on Artificial Intelligence**, Canadian AI 2019 Kingston, ON, Canada, May 28–31, 2019 Proceedings. Montreal; Toronto: Springer, 2019, p. 238-250; p. 244-245.

BOTSMAN, Rachel. Big Data meets Big Brother as China moves to rate its citizens. **Wired**, 21 October 2017. Disponível em: <https://www.wired.co.uk/article/chinese-government-social-credit-score-privacy-invasion>. Acesso em: 3 dez 2019.

BOYD, Matthew; WILSON, Nick. Rapid Developments in Artificial Intelligence: how might the New Zealand government respond? **Policy Quarterly**, v. 13, n. 4, p. 37-43, 2017.

BROUSSARD, Meredith. Artificial Intelligence for Investigative Reporting, **Digital Journalism**, v. 3, n. 6, p. 814-831, 2015. DOI: 10.1080/21670811.2014.985497.

GOLTZ, Nachshon Sean; CAMERON-HUFF, Addison; DONDOLI, Giulia. Rethinking Global-Regulation: world's law meets artificial intelligence. **Information & Communications Technology Law**, v. 28, n. 1, p. 36-45, 2019. DOI: 10.1080/13600834.2019.1557400.

GLASSMAN, Robert M. Will Artificial Intelligence (AI) Make Democracy Irrelevant? In: GLASSMAN, Robert M. (Eds.). **The Future of Democracy**. Cham: Springer, 2019, p. 189-198.

KOSINSKI, Michal; WANG, Yilun. Deep neural networks are more accurate than humans at detecting sexual orientation from facial images. **Journal of Personality and Social Psychology**, v. 114, n. 2, p. 246-257, 2018.

LETOUZÉ, Emmanuel; PENTLAND, Alex. Towards a human artificial intelligence for human development. **ITU Journal: ICT Discoveries**, n. 2, 2018. Disponível em: <http://handle.itu.int/11.1002/pub/8129f4b6-en>. Acesso em: 03 dez 2019.

MANHEIM, Karl Manheim; KAPLAN, Lyric. Artificial Intelligence: Risks to Privacy and Democracy. **The Yale Journal of Law and Technology**, v. 21, p. 106-188, 2019.

MEHR, Hila. **Artificial Intelligence for Citizen Services and Government**. Cambridge, MA: Ash Center for Democratic Governance and Innovation, Harvard Kennedy School, 2017. Disponível em: https://ash.harvard.edu/files/ash/files/artificial_intelligence_for_citizen_services.pdf Acesso em: 7 dez 2019.

NEMITZ, Paul. Constitutional democracy and technology in the age of artificial intelligence. **Philosophical Transactions of the Royal Society A**, v. 376, n. 2133, 2018. DOI: <http://dx.doi.org/10.1098/rsta.2018.0089>.

OLIVO, David Cortés. La incorporación de la inteligencia artificial en el poder público. La política en el mundo inteligente. **Revista Conjeturas Sociológicas**, n. 19, a. 7, p. 36-75, 2019. Disponível em: <http://revistas.ues.edu.sv/index.php/conjsociologicas/article/view/1485>. Acesso em: 10 dez 2019.

OZDEMIR, Vural. Not All Intelligence is Artificial: Data Science, Automation, and AI Meet HI. **OMICS: A Journal of Integrative Biology**, v. 23, n. 2, 2019. DOI: 10.1089/omi.2019.0003.

ROBBINS, Scott; HENSCHKE, Adam. Designing For Democracy: Bulk Data and Authoritarianism. **Surveillance & Society** v. 15, n. 3/4, p. 582-589, 2017. Disponível em: <http://library.queensu.ca/ojs/index.php/surveillance-and-society/index>. Acesso em: 13 dez 2019.

ROFF, Heather M. Artificial Intelligence: Power to the People. **Ethics & International Affairs**, v.33, n. 2, p. 127-140, 2019. Disponível em: <https://www.cambridge.org/core/terms>. Acesso em: 7 dez 2019. DOI: <https://doi.org/10.1017/S0892679419000121>.

SAVAGET, Paulo; CHIARINI, Tulio; EVANS, Steve. Empowering political participation through artificial intelligence. **Science and Public Policy**, v. 46, n. 3, p. 369–380, 2019. DOI: 10.1093/scipol/scy064.

SCOTT, Ben; HEUMANN, Stefan; LORENZ, Philippe. **Artificial Intelligence and Foreign Policy**. Stiftung Neue Verantwortung Policy Brief, January 2018. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3103961>. Acesso em: 9 dez 2019.

SHEAD, Sam. Stephen Hawking warns computers will overtake humans within 100 years. **Techworld**, May 12, 2015. Disponível em: <https://www.techworld.com/news/tech-innovation/stephen-hawking-warns-computers-will-overtake-humans-within-100-years-3611397/>. Acesso em: 10 dez 2019.

STRAY, Jonathan. Making Artificial Intelligence Work for Investigative Journalism. **Digital Journalism**, v. 7, n. 8, p. 1076-1097, 2019. DOI: 10.1080/21670811.2019.1630289.

ÜNVER, Hamid Akin. Artificial Intelligence, Authoritarianism and the Future of Political Systems (July 15, 2018). **EDAM Research Reports**, 2018. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3331635>. Acesso em: 13 dez 2019.

WILNER, Alex S. Cybersecurity and its discontents: Artificial intelligence, the Internet of Things, and digital misinformation. **International Journal**, v. 73, n. 2, p. 308–316, 2018. DOI: 10.1177/0020702018782496.

ZUIDERVEEN BORGESIUŠ, Frederik. **Discrimination, artificial intelligence, and algorithmic decision-making**. Strasbourg: Council of Europe, Directorate General of Democracy, 2018.



PERSPECTIVA ECONÔMICA DOS IMPACTOS DA RECLAMAÇÃO CONSTITUCIONAL COMO INSTRUMENTO DE REFORÇO DA SEGURANÇA JURÍDICA E DA TUTELA CONSTITUCIONAL BRASILEIRA

*Alice Rocha da Silva*¹,
*Adriana Gomes Rêgo*²

RESUMO

A reclamação constitucional é um instrumento de reforço da segurança jurídica e da ordem constitucional que gera impactos no direito processual brasileiro, sob a perspectiva econômica, em termos de ganhos com a celeridade processual ou redução de litígio. A partir da análise da evolução histórica do instituto, discussões sobre a natureza jurídica e as hipóteses de cabimento e processamento podem ser identificados tais impactos. A partir desta análise e pelo estudo da jurisprudência do STF desde os primeiros julgados sobre o assunto até aqueles mais recentes, combinando com avaliações doutrinárias e dados estatísticos, podem ser construídas reflexões relacionadas à economia processual e à segurança jurídica. O estudo demonstrará que sempre existiu uma forte tendência jurisprudencial para restringir a Reclamação a casos estritamente necessários, e que, dada as características céleres do seu rito, é um mecanismo eficaz para tutela da ordem constitucional, que vem crescendo anualmente, o que pode comprometer o funcionamento do STF.

Palavras-chave: Reclamação, Economia Processual, Segurança Jurídica, STF.

ECONOMIC PERSPECTIVE OF THE IMPACTS OF THE CONSTITUTIONAL CLAIM AS AN INSTRUMENT TO REINFORCE LEGAL SECURITY AND BRAZILIAN CONSTITUTIONAL PROTECTION

ABSTRACT

The constitutional claim is an instrument to reinforce legal certainty and the constitutional order that impacts on Brazilian procedural law, from an economic perspective, in terms of gains from the speed of proceedings or reduction of litigation. From the analysis of the historical evolution of the institute, discussions about the legal nature and the hypotheses of suitability and processing can be identified such impacts. From this analysis and the study of the STF

¹ Doutora em DIREITO INTERNACIONAL ECONÔMICO pela Université d'Aix-Marseille III. Possui graduação em DIREITO pelo Centro Universitário de Brasília (2005), graduação em CIENCIA POLITICA pela Universidade de Brasília (2004), graduação em RELAÇÕES INTERNACIONAIS pela Universidade de Brasília (2004) e mestrado em DIREITO DAS RELAÇÕES INTERNACIONAIS pelo Centro Universitário de Brasília (2006). Atualmente é professora no Centro Universitário de Brasília - UniCEUB e de cursos preparatórios para concurso e assessora no Instituto de Gestão da Saúde do Distrito Federal (IGESDF). Tem experiência na área de Direito, Relações Internacionais e Ciência Política, com ênfase em Direito Internacional Econômico e Direitos Humanos.

² Possui graduação em Engenharia Civil pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte (1992) e graduação em Direito pela Universidade de Brasília (2000). Fez especialização em Direito Processual Tributário pela Universidade de Brasília (2008). É auditora-fiscal da receita federal do Brasil - Secretaria da Receita Federal do Brasil e atualmente é Conselheira representante da Fazenda no Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, havendo sido designada Presidente do Conselho em dezembro de 2017.

jurisprudence, from the first judgments on the subject to the most recent ones, combined with doctrinal evaluations and statistical data, reflections related to procedural economy and legal certainty can be built. The study will demonstrate that there has always been a strong jurisprudential tendency to restrict the Complaint to strictly necessary cases, and that, given the swift characteristics of its rite, it is an effective mechanism for the protection of the constitutional order, which has been growing annually, which can compromise the functioning of the STF.

KEYWORDS: *Complaint. Procedural economy, Legal security, Supreme Court.*

1. INTRODUÇÃO

A Reclamação constitucional, uma das situações processuais em que o Supremo Tribunal Federal (STF) atua na esteira da sua competência originária (art. 102, I, da Constituição Federal de 1988), tem assumido grande relevo hodiernamente, haja vista o crescimento de precedentes vinculantes. Trata-se, em última análise, de um instituto destinado a garantir a autoridade das decisões vinculantes, além de preservar a competência do tribunal.

Dados estatísticos publicados pelo STF revelam que, em 2018, foram autuadas no Tribunal 70 reclamações; em 2019, este número quase triplicou, pois foram autuadas 207 reclamações. Já em 2020, foram autuadas 965 reclamações, compreendendo quase 70% dos processos de competência originária autuados no Órgão. Atualmente, o Tribunal tem um acervo de 2.867 reclamações³ para apreciar, o que supera, por exemplo, o número de Ações Declaratórias de Inconstitucionalidade - ADI, ficando abaixo, tão somente, do número de recursos extraordinários e agravos em face da não admissibilidade desses.⁴

Tal crescimento importa concluir que quanto maior o grau de objetivação do modelo processual, maior será o cabimento da Reclamação e, por conseguinte, a importância do seu estudo (CÔRTEZ, 2015).

Importa considerar as hipóteses de cabimento e do processamento da Reclamação, a partir da doutrina e da própria jurisprudência do STF, no sentido de buscar extrair os seus contornos, com o intuito de verificar, sob uma perspectiva econômica, os ganhos e eventuais problemas processuais advindos desse mecanismo, além de reflexões em torno dos valores como segurança jurídica e tutela da ordem constitucional.

Para tanto, traz-se à tona um breve histórico sobre o surgimento do instituto, calcado fundamentalmente nos posicionamentos de alguns Ministros manifestados antes de o instituto ser positivado, escolhidos por um critério aleatório, porém com o intuito de se demonstrar a excepcionalidade com que era concebida a Reclamação, bem como algumas divergências de entendimentos.

A partir desse histórico, busca-se explicar a polêmica natureza jurídica da Reclamação, no sentido de contextualizá-la para, na seqüência, abordar as nuances das

³ Conforme dados publicados no site do Supremo Tribunal Federal em 5 de julho de 2021.

⁴ Disponível em: <<https://transparencia.stf.jus.br/single/?appid=e554950b-d244-487b-991d-abcc693bfa7c&sheet=9123f27b-bbe6-4896-82ea-8407a5ff7d3d&theme=simplicity&select=clearall>>. Acesso em 19 jun. 2021.

hipóteses de cabimento e seu processamento, visando extrair os seus impactos para a celeridade processual, bem como os ganhos para a segurança jurídica.

2. ORIGEM E PROPÓSITOS

A Reclamação surgiu da própria atividade jurisdicional, a despeito da inexistência de regulamentação, porém, como construção jurisprudencial, merece ter sua origem analisada à luz da jurisprudência do STF, proferida nos primeiros julgados sobre o assunto.

Neste sentido, cita-se, por exemplo, no voto vencido do Ministro Orosimbo Nonato, trazido na Reclamação primeira nº 90⁵, no sentido de aceitar a Reclamação como medida excepcional, em apenas duas hipóteses:

Permito-me, porém, assinalar que a reclamação não constitui ampliação do mando de segurança, senão, apenas, o seu sucedâneo em caso de absoluta e indeclinável necessidade e em que, no rigor do direito não cabia o mando de segurança por tratar-se de ato judicial.[...] a reclamação concede-se naqueles casos em que essa ofensa deriva de Juiz, hipótese que descomporta o mando de segurança, remédio específico, de fisionomia própria e características intransferíveis. E o Supremo Tribunal tem sido usurário, parcimonioso, circunspecto, em não dilargar as raias dêsse remédio de direito *sui generis*, só o admitindo – ao que eu saiba – em dois casos típicos: 1º - o do desrespeito ostensivo da imponência de seus próprios julgados, pelas Justiças locais; 2º - o de invasão espetacular das fronteiras de sua competência.

Em 1948, por meio da Reclamação nº 100, o STF, por unanimidade, exarou entendimento no sentido que não era possível, por meio do instituto, impugnar decisão que tinha força de coisa julgada.⁶ Ou seja, o instituto era reconhecido, mas não poderia ser utilizado como uma ação rescisória.

Na Reclamação nº 127, por sua vez, verifica-se que o Ministro Ribeiro Costa não a admitiu, havendo consignado ser um “meio inidôneo para o fim visado”, em razão de o reclamante, após esgotar os recursos possíveis, ter buscado o pronunciamento do STF. Em sede de agravo em face de despacho que rejeitou embargos, cabe destacar os votos do Ministro Orosimbo Nonato, que admite, como já registrado, a Reclamação contra ato judicial quando se tratasse de forma “extrema de fazer cessar a invasão da competência” ou quando a instância inferior desrespeitava decisão do STF, e o do Ministro José Linhares, que não conhecia a Reclamação em hipótese alguma, por não existir previsão no direito processual àquela época.⁷

Mas foi em 1952, por meio da Reclamação nº 141⁸, admitida pelo Supremo conforme ementa a seguir transcrita, que se evidenciam os motivos pelos quais a Reclamação fora admitida:

A competência não expressa dos tribunais federais pode ser ampliada por construção constitucional. - Vão seria o poder, outorgado ao Supremo Tribunal Federal de julgar em recurso extraordinário as causas decididas por

⁵ Rel Min. Laudo de Camargo, julgado em 11/9/1946, Plenário.

⁶ Rel. Min Hahnemann Guimarães, julgado em 17/4/1948, Plenário.

⁷ Rel. Min. Edmundo de Macedo Ludolf, julgada em 6/9/1950, Plenário.

⁸ Rel. Min. Rocha Lagoa, julgada em 25/01/1952, Plenário.

outros tribunais, se lhe não fora possível fazer prevalecer os seus próprios pronunciamentos, acaso desatendidos pelas justiças locais. - A criação dum remédio de direito para vindicar o cumprimento fiel das suas sentenças, está na vocação do Supremo Tribunal Federal e na amplitude constitucional e natural de seus poderes. - Necessária e legítima é assim a admissão do processo de Reclamação, como o Supremo Tribunal tem feito. - É de ser julgada procedente a Reclamação quando a justiça local deixa de atender à decisão do Supremo Tribunal Federal.

No seu voto, o relator Ministro Rocha Lagôa pondera os argumentos trazidos em preliminar pelos reclamados, para não conhecer da Reclamação, em face dos quais pontua que a função precípua do Supremo é ser guardião da Constituição, mas que o Tribunal já decidira que não constituía inovação incluir as competências das justiças da União, por terem caráter federal, de onde concluiu que era possível haver uma ampliação por “construção constitucional” e, invocando o direito americano, aduz:

Na lição de Black, em seu Hand-book of american Constitutional Law § 48, tudo o que fôr necessário para fazer efetiva alguma disposição constitucional, envolvendo proibição ou restrição ou a garantia de um poder, deve ser julgado implícito e entendido na própria disposição.

Ora, vão seria o poder, outorgado a este Supremo, de julgar em recurso extraordinário as causas decididas em única ou última instância, por outros tribunais e juízes se lhe não fora possível fazer prevalecer seus próprios pronunciamentos, acaso desrespeitados pelas justiças locais. Para tanto êle tem admitido ultimamente o uso do remédio heroico da Reclamação, logrando desse modo fazer cumprir suas próprias decisões. **(Grifos do original)**

Nessa Reclamação, fica clara que a origem da construção está na Teoria dos Poderes Implícitos (*implied powers*), até citada no voto vencido do Ministro Hahnemann Guimarães, conforme ora se transcreve:

Sr. Presidente, a teoria dos poderes implícitos, defendida por Hamilton, tem raízes profundas na doutrina do Direito Constitucional. Não seria eu quemela teria o atrevimento de opôr objeção.

Aceitaria a reclamação como forma necessária para que fosse suprida a deficiência de poderes do Supremo Tribunal, se o nosso regime processual civil o admitisse. É evidente, entretanto, que o regime processual em vigor desconhece este remédio jurídico; mas vamos admitir, Sr. Presidente, que ele se possa equiparar à correição ou ao mandado de segurança. Parece-me que ele é inadmissível, no caso. A correição é um processo administrativo, destinado a corrigir irregularidades processuais por abuso, por ilegalidade das autoridades judiciárias ou dos funcionários dos cartórios, dos funcionários do Juízo.

E assim, apesar de a Reclamação ter encontrado forte resistência por parte de alguns Ministros como José Linhares, Edgar Costa, Hahnemann Guimarães, Lauro de Camargo e Castro Nunes, em razão de não ter previsão legal (CALLEGARI, 2014), foi admitida, “no estreito limite da sua necessidade, não obstante o silêncio do novo Regimento”, como dizia o Ministro Nelson Hungria, em seu voto, também por ocasião da Reclamação nº 141.

Somente por emenda ao Regimento Interno de 1940, em 1957⁹, é que o remédio foi positivado para preservar a integridade da competência do Tribunal ou assegurar a autoridade do seu julgado, e ganhou força quando a Constituição Federal de 1967 ampliou o alcance do Regimento Interno da Corte Constitucional¹⁰.

Todavia, a previsão constitucional só veio com a Constituição Federal de 1988 que expressamente previu a Reclamação perante o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça e, ainda assim, nos exatos termos restritos em que já era admitida regimentalmente.

Sob o ponto de vista da análise econômica do processo, não se poderia, de fato, ampliar demasiadamente o alcance da Reclamação para além do que se prestava o instituto, sob pena de tornar o instrumento um recurso adicional para aqueles que estivessem insatisfeitos com a decisão supostamente reclamada, mas que acarretaria impactos aumentando o número de litígios.

3. DA CONTROVERSA NATUREZA JURÍDICA DA RECLAMAÇÃO

A evolução dessa construção jurisprudencial em torno da Reclamação certamente contribuiu para uma discussão também em torno da sua natureza jurídica. Inicialmente, consideravam ser mera atividade administrativa, em razão de a associarem a uma correção parcial, concepção esta que, posteriormente, foi descartada haja vista a necessidade de provocação pelo interessado, da capacidade de se cassar a decisão judicial reclamada e da possibilidade de se adotarem medidas cautelares, dentre outras razões (NEVES, 2013).

Contudo, mesmo após a positivação da medida, ainda perduraram manifestações controvertidas acerca da natureza jurídica, como se pode observar da Reclamação nº 336¹¹:

A reclamação, qualquer que seja a qualificação que se lhe dê - ação (Pontes de Miranda, "Comentários ao Código de Processo Civil", tomo V/384, Forense), recurso ou sucedâneo recursal (Moacyr Amaral Santos, RTJ 56/546-548; Alcides de Mendonca Lima, "O Poder Judiciário e a Nova Constituição", p. 80, 1989, Aide), remédio incomum (Orozimbo Nonato, "apud" Cordeiro de Mello, "O processo no Supremo Tribunal Federal", vol. 1/280), incidente processual (Moniz de Aragão, "A Correção Parcial", p. 110, 1969), medida de Direito Processual Constitucional (José Frederico Marques, "Manual de Direito Processual Civil", vol 3., 2. parte, p. 199, item n. 653, 9. ed., 1987, Saraiva) ou medida processual de caráter excepcional (Min. Djaci Falcão, RTJ 112/518-522) - configura, modernamente, instrumento de extração constitucional, inobstante a origem pretoriana de sua criação (RTJ 112/504), destinado a viabilizar, na concretização de sua dupla função de ordem político-jurídica, a preservação da competência e a garantia da autoridade das decisões do Supremo Tribunal Federal (CF, art. 102, I, "1") e do Superior Tribunal de Justiça (CF, art. 105, I, "f").

⁹ Regimento interno do STF - texto atualizado com anotações e índices analítico e alfabético remissivo, 1957.

¹⁰ Por meio do art. 115, parágrafo único, da Constituição Federal de 1967.

¹¹ Rel. Min. Celso de Mello, julgado em 19/12/1990, Plenário.

Em 2003, o STF chegou a se posicionar no sentido de não se tratar de um recurso, nem de uma ação, e nem de um incidente processual, mas sim, de um direito constitucional de petição previsto no art. 5º, inciso XXXIV da Constituição Federal¹².

Com efeito, não poderia ser um recurso porque, uma das peculiaridades que lhe afasta dessa condição é o fato de não haver prazo legal ou regimental para o seu ajuizamento. Tampouco pode ser confundida com uma ação rescisória, haja vista sequer ser possível o ajuizamento após o trânsito em julgado da decisão reclamada¹³.

O instituto também não pode ser concebido como um incidente processual porque é um processo de competência originária do STF que nasce de forma autônoma, como já se disse, sendo, inclusive, admissível, a despeito da existência de um processo judicial (quando o objeto da Reclamação é um ato administrativo).

Nas lições do Ministro Luiz Fux, trata-se de um meio autônomo de impugnação, caracterizando-se como um novo exercício do direito de ação, por meio do qual se questiona uma decisão judicial ou um ato administrativo (FUX, 2019).

Corroborando-se com esse entendimento, é de se reconhecer que o traço que mais aproxima a Reclamação de uma ação e a afasta da natureza recursal, incidental ou de ação rescisória consiste em não se destinar a demonstrar um *error in iudicando* ou um *error in procedendo* de uma decisão judicial ou ato administrativo¹⁴.

De fato, a Reclamação não é o meio cabível para a parte impugnar decisão que lhe é insatisfatória, mas sim instrumento de tutela da ordem jurídica constitucional (MARINONI, 2021). Isto porque a Reclamação tem propósitos claros, ou seja, tem hipóteses de cabimento bem definidas atualmente na Constituição Federal de 1988 – CF/88 e na Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil – CPC/2015), consistindo o seu provimento em anular o ato ou decisão judicial, que é seu objeto, com determinação de que outro ato ou decisão seja proferido, isto é, o tribunal não substitui a decisão reclamada, quando entende procedente a Reclamação.

4. REFLEXÕES SOBRE AS HIPÓTESES DE CABIMENTO

De início, cumpre observar que o STF já se pronunciou por diversas vezes, inclusive em sede de Reclamação, no sentido de que não é possível ampliar as suas competências constitucionais por norma infraconstitucional¹⁵. Assim, nos termos do art. 102, I, alínea “I”, a Reclamação é processada e julgada perante o STF para “preservação de sua competência e garantia da autoridade de suas decisões”, o mesmo ocorrendo no art. 104, I, alínea “I”, para o Superior Tribunal de Justiça – STJ.

Por meio da Emenda Constitucional – EC nº 45, de 30 de dezembro de 2004, essas hipóteses de cabimento constitucionais foram ampliadas, quando se acrescentou o art.

¹² ADI 2.212/CE, rel. Min. Ellen Gracie, julgada em 02/10/2003, Plenário.

¹³ Nos termos da Súmula 734/STF e art. 988, §5º, do CPC/2015.

¹⁴ Corroborando, ainda, este entendimento, a própria disposição do Código de Processo Civil, que inseriu a Reclamação, como um Capítulo (no caso o Capítulo IX, diverso do Capítulo VII, que trata da Ação Rescisória), dentro do título I, que trata da ordem dos processos e dos processos de competência originária dos tribunais, enquanto o título II trata dos recursos.

¹⁵ Neste sentido, tem-se o Rcl 14.566-AgR, rel. Min. Celso de Mello, Segunda Turma, DJe de 4/5/2015, o HC 114.932, rel. Min. Marco Aurélio, rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, DJe de 6/2/2015, e o MS 31.897-AgR, rel. Min. Rosa Weber, Primeira Turma, DJe de 17/9/2014.

103-A, §3º, admitindo a Reclamação contra ato administrativo ou decisão judicial que contrariasse súmula vinculante aplicável ou que indevidamente a aplicasse.

Com o CPC/2015, novas hipóteses de cabimento foram trazidas à baila pelo legislador ordinário, com ampliação, sobretudo, para os Tribunais de 2ª instância. Neste sentido, a hipótese de preservação de competência deixou de ser restrita ao STF e ao STJ, passando a ser admitida a Reclamação para preservação da competência de qualquer Tribunal Federal ou de Justiça. Ficou ainda expressa a possibilidade de Reclamação para garantia de decisão do STF em sede de controle concentrado de constitucionalidade, bem como para garantia da observância de acórdão proferido em Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas – IRDR ou Incidente de Assunção de Competência - IAC¹⁶.

Em que pese o CPC/2015 ter ampliado as hipóteses de cabimento, considerando-se uma visão econômica do processo, é possível vislumbrar-se ganhos, porque a garantia da prevalência das decisões vinculantes para casos futuros, certamente evita litígios.

4.1 Reclamação para Preservação da Competência

Este tipo de Reclamação busca resolver questões relacionadas a vícios de nulidade por descumprimento de regra de competência. A justificativa para essa hipótese é evidente, porque garante que as normas constitucionais dos Tribunais sejam cumpridas, cabendo tanto para as ações de competência originária, quanto para o julgamento de recursos (NEVES, 2013).

Evita-se, por meio desse instrumento, que todo um processo de estenda contaminado pelo vício de nulidade, com prejuízos, inclusive, à razoável duração do processo. Por conseguinte, ao se fazer uso da Reclamação, deixa de serem interpostos sucessivos recursos até se chegar ao extraordinário.

Cita-se, por exemplo, a Reclamação nº 12.484¹⁷, quando a Primeira Turma do STF decidiu pela anulação de dois inquéritos policiais instaurados, de ofício, pela polícia judiciária de comarcas de Santa Catarina, porque se tratava de investigação em face de deputado federal, com foro por prerrogativa de função.

Por conseguinte, acaso não houvesse a possibilidade da Reclamação, o então reclamante teria que recorrer no próprio processo que julgava sua condenação penal, até chegar ao STF.

4.2 El Estado de derecho

Trata-se de hipótese em que o reclamante apresenta argüição de que um ato judicial ou mesmo administrativo está contrariando decisão do tribunal que deveria observar.

Se essa decisão tem eficácia geral e efeito vinculante, o reclamante precisa demonstrar a aderência estrita entre a decisão reclamada e o precedente que alega estar

¹⁶ Nos termos do art. 988 do CPC/2015.

¹⁷ Rel. Min. Dias Toffoli, julgada em 29/04/2014 - Primeira Turma.

sendo violado. Aliás, a ausência da estrita aderência entre o ato reclamado e o paradigma invocado é condição suficiente para o não conhecimento da Reclamação¹⁸.

Contudo, se a eficácia dessa decisão não é geral e vinculante, o reclamante terá que demonstrar, também, que é parte alcançada pela decisão tida por violada. Em outras palavras, somente pode reclamar aquele que seria beneficiado pela decisão que não está sendo observada¹⁹.

A jurisprudência do STF tem admitido, mesmo antes do CPC, a eficácia do precedente ainda que o mesmo não tenha transitado em julgado²⁰, o que significa que é cabível a Reclamação também antes do trânsito em julgado da decisão que se alega não estar sendo cumprida. Todavia, é de observar que essa diretriz pode colidir com a segurança jurídica, acaso esse precedente venha a ser reformado.

Na esteira de não se banalizar o instituto, até o CPC/2015, a jurisprudência do STF prevalecia no sentido de não aceitar a aplicação da teoria da transcendência dos motivos determinantes²¹, ou seja, não considerava cabível a Reclamação por violação aos fundamentos jurídicos que conduziram à conclusão do precedente vinculante, como se pode observar do que foi decidido na Reclamação nº 8.168²²:

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal se consolidou no sentido de ser incabível reclamação fundada na teoria da transcendência dos motivos determinantes de acórdão com efeito vinculante

A preocupação é bem externada nos debates em torno dos autos da Reclamação nº 3.014²³, em que, diante do pedido da reclamante de atribuição de efeitos irradiantes aos motivos determinantes da decisão tomada por ocasião do julgamento da ADI 2.868, a Ministra Ellen Gracie bem pontuou:

Imaginem se, por exemplo – com esse alargamento do âmbito da reclamação, que se propõe -, com o número de ações diretas de inconstitucionalidade e declaratórias de constitucionalidade que esta Corte já julgou, cobrindo praticamente todos os ramos do Direito, tivermos os fundamentos determinantes de cada uma dessas decisões ensejando o ingresso de novas reclamações.

Preocupo-me, Presidente, com esse efeito prático.

O meu temor, Presidente, é que esta Corte abra de tal forma as suas portas ao recebimento dessas reclamações, que, no futuro, tenhamos que comparecer ao Congresso Nacional para solicitar aos deputados e senadores que aprovem alguma emenda que estenda o instituto da repercussão geral às reclamações também. O correto – parece-me, com o devido respeito -, para a correção de ações inúmeras a serem desencadeadas pelos cinco mil e quinhentos municípios brasileiros, está justamente na repercussão geral. Em recurso extraordinário temos condições de fazer valer a decisão para todos; não o temos na via da reclamação. Vamos atrair para este Plenário as dez mil

¹⁸ Conforme Rcl 34.865 – AgR, Rel. Min. Roberto Barroso, julgado em 27/09/2019, Primeira Turma.

¹⁹ Conforme Rcl 3.084, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgado em 29/4/2009, Plenário.

²⁰ Conforme ARE 707.863 – ED, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgado em 30/12/2012.

²¹ Em que pesem haver julgados justificando a transcendência dos motivos que embasaram a decisão sobre a parte dispositiva, como por exemplo, a Rcl 1.987, Rel. Min. Maurício Corrêa, julgada em 1º/10/2003.

²² Rel. Min. Ellen Gracie (Redator Min. Edson Facchin), julgada em 19/11/2015, Plenário.

²³ Rel. Min. Ayres Brito, julgada em 10/3/2010, Plenário.

ou sei lá quantas ações que se farão necessárias para questionar todas essas leis.

É flagrante, portanto, a percepção econômica que está por trás desse entendimento: não aumentar a quantidade de litígios no Tribunal.

Contudo, há na doutrina quem defenda que os fundamentos também são vinculantes, em nome da coerência do direito e da segurança jurídica (MARINONI, 2021).

Com efeito, é de se observar que, quando a Reclamação visa garantir a observância a enunciado de súmula vinculante, decisão em controle concentrado de constitucionalidade, proferida em IRDR ou IAC, o legislador estabeleceu, por meio do art. 988, §4º, do CPC de 2015, que a Reclamação seria em razão da “aplicação indevida da tese jurídica”, ou seja, admite-se, nesses casos, contra a tese jurídica firmada no precedente.²⁴

Ademais, embora seja um instituto que confere celeridade ao rito processual, o STF já não aceitava, mesmo antes da regulamentação pelo CPC/2015, a Reclamação *per saltum*, nos casos de inobservância, pelos magistrados ou desembargadores, de decisões proferidas sob o rito da repercussão geral, como se pode observar por meio da Reclamação nº 10.793²⁵:

1.As decisões proferidas pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal quando do julgamento de recursos extraordinários com repercussão geral vinculam os demais órgãos do Poder Judiciário na solução, por estes, de outros feitos sobre idêntica controvérsia. 2. Cabe aos juízes e desembargadores respeitar a autoridade da decisão do Supremo Tribunal Federal tomada em sede de repercussão geral, assegurando racionalidade e eficiência ao Sistema Judiciário e concretizando a certeza jurídica sobre o tema. 3. O legislador não atribuiu ao Supremo Tribunal Federal o ônus de fazer aplicar diretamente a cada caso concreto seu entendimento. 4. A Lei 11.418/2006 evita que o Supremo Tribunal Federal seja sobrecarregado por recursos extraordinários fundados em idêntica controvérsia, pois atribuiu aos demais Tribunais a obrigação de os sobrestarem e a possibilidade de realizarem juízo de retratação para adequarem seus acórdãos à orientação de mérito firmada por esta Corte. 5. Apenas na rara hipótese de que algum Tribunal mantenha posição contrária à do Supremo Tribunal Federal, é que caberá a este se pronunciar, em sede de recurso extraordinário, sobre o caso particular idêntico para a cassação ou reforma do acórdão, nos termos do art. 543-B, § 4º, do Código de Processo Civil. 6. A competência é dos Tribunais de origem para a solução dos casos concretos, cabendo-lhes, no exercício deste mister, observar a orientação fixada em sede de repercussão geral. 7. A cassação ou revisão das decisões dos Juízes contrárias à orientação firmada em sede de repercussão geral há de ser feita pelo Tribunal a que estiverem vinculados, pela via recursal ordinária. 8. A atuação do Supremo Tribunal Federal, no ponto, dever ser subsidiária, só se manifesta quando o Tribunal a quo negasse observância ao *leading case* da repercussão geral, ensejando, então, a interposição e a subida de recurso extraordinário para cassação ou revisão do acórdão, conforme previsão legal específica constante do art.543-B, § 4º,

²⁴ Neste sentido, cita-se o Rcl 22.418-AgR/BA, julgado em 7/2/2017, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma.

²⁵ Rel. Min. Ellen Gracie, julgada em 13/04/2011, Plenário.

do Código de Processo Civil.⁹ Nada autoriza ou aconselha que se substituam as vias recursais ordinária e extraordinária pela reclamação.¹⁰ A novidade processual que corresponde à repercussão geral e seus efeitos não deve desfavorecer as partes, nem permitir a perpetuação de decisão frontalmente contrária ao entendimento vinculante adotado pelo Supremo Tribunal Federal. Nesses casos o questionamento deve ser remetido ao Tribunal competente para a revisão das decisões do Juízo de primeiro grau a fim de que aquela Corte o aprecie como o recurso cabível, independentemente de consideração sobre sua tempestividade.

Atualmente, a vedação para a Reclamação contra acórdão proferido com repercussão geral reconhecida e em recurso extraordinário ou especial repetitivos, enquanto não esgotadas as vias ordinárias, está disciplinada no próprio CPC/2015 (art. 988, §5º, inciso II).

Esse condicionamento ao esgotamento das instâncias ordinárias, que veio mesmo antes da entrada em vigor do CPC com a Lei nº 13.256, de 4 de fevereiro de 2016, foi necessária para se evitar o cabimento excessivamente abrangente do instituto, que poderia comprometer o funcionamento do STF, e “transformar a crise numérica do recurso extraordinário, a qual veio a ser controlada pela repercussão geral, em um crise numérica decorrente do elevado número de reclamações” (MENDES;BRANCO, 2021).

Todavia, como o CPC veda a Reclamação após o trânsito em julgado, e considerando não se tratar de uma rescisória, é possível ajuizar Reclamação concomitantemente com recurso extraordinário (THEODORO JR, 2020).

Depois de fixada a tese, se um recurso especial ou extraordinário tiver o seu seguimento indeferido sob o fundamento de que o acórdão recorrido coincide com a tese firmada, contra essa decisão é cabível o agravo interno, porque o art. 1.042, II, do CPC/2015 é claro ao excepcionar as hipóteses de aplicação de entendimento firmado em regime de repercussão geral ou repetitivo.

Da mesma forma, se for mantido o acórdão divergente pelo Tribunal de origem, não cabe Reclamação para o STF ou STJ, mas sim o processamento do recurso especial ou extraordinário, nos termos do art. 1.041 do CPC. Ou seja, a Reclamação não pode ser usada quando se entender que o magistrado ou desembargador usou indevidamente uma distinção. Também não é cabível Reclamação nos casos em que o requerente entender que houve um sobrestamento equivocado, pois, nesse caso, o art. 1.037, § 9º, do CPC/2015 estabelece que o remédio jurídico é uma petição para o prosseguimento do recurso especial ou extraordinário (CÔRTEZ, 2015).

Mais uma vez, vislumbram-se, nestas medidas, uma nítida preocupação em não sobrecarregar os Tribunais Superiores.

Discussão relevante no que tange à segurança jurídica diz respeito à possibilidade de, mediante processamento de uma Reclamação, o Tribunal poder rever a tese do paradigma.

Com efeito, o STF já adotou esse posicionamento, como por exemplo, na Reclamação nº 4.374²⁶, cuja fundamentação para tal possibilidade pode ser sintetizada a partir do seguinte trecho:

“É no juízo hermenêutico típico da reclamação – no “balançar de olhos” entre objeto e parâmetro da reclamação – que surgirá com maior nitidez a oportunidade para evolução interpretativa no controle de constitucionalidade [...] Verificou-se a ocorrência do processo de inconstitucionalização decorrente de notórias mudanças fáticas (políticas, econômicas e sociais) e jurídicas (sucessivas modificações legislativas dos patamares econômicos utilizados como critérios de concessão de outros benefícios assistenciais por parte do Estado brasileiro).”

Nesse caso, o STF conheceu, porém julgou improcedente a Reclamação, porque declarou a inconstitucionalidade parcial de dispositivo legal que havia declarado constitucional em sede de ADI.

Cumpra registrar, contudo, que o STF tem adotado esse mecanismo de revisitar sua jurisprudência em casos pontuais. Ainda assim, se para fixar uma tese com eficácia *erga omnes* e efeito vinculante, há um contraditório mais qualificado, com parecer da Procuradoria-Geral da República e possibilidade de participação de *amicicuriaie*, também para esses julgamentos de Reclamação deve haver a mesma possibilidade (QUINTAS; CÉSAR FILHO, 2018).

Em todo caso, pode-se conceber que a Reclamação, nesse caso, assume papel de instrumento para atualização da jurisprudência, em um cenário, como pontuou o relator, Ministro Gilmar Mendes, de profundas mudanças políticas, sociais, econômicas e jurídicas.

4.3 Reclamação para Garantia da Observância de Súmula Vinculante e decisão do STF em sede de controle concentrado de constitucionalidade

Esta hipótese surgiu com a EC nº 45, de 2004, e foi regulamentada mesmo antes do CPC/2015, por meio da Lei nº 11.417, de 19 de dezembro de 2006, cujo art. 7º estabeleceu como condição para a Reclamação, no caso de o objeto desta ser um ato administrativo, o esgotamento das vias administrativas.

Ainda que se tenha que esgotar as vias administrativas, a previsão da Reclamação Constitucional, sob uma perspectiva econômica, não deixa de ser mais um mecanismo de ganhos em termos de celeridade processual, porque a parte prejudicada, uma vez seguindo o rito do processo administrativo, pode reclamar diretamente ao STF.

Aliás, o rito do processo administrativo sofreu alterações também, concomitantemente à regulamentação dessa hipótese de Reclamação, pois foram introduzidos à Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, os arts. 64-A e 64 –B, dispondo sobre a matéria.

O primeiro dispositivo estabeleceu a obrigatoriedade de o órgão administrativo, ao decidir recurso em que se alega descumprimento de súmula vinculante, explicitar

²⁶ Rel. Min. Gilmar Mendes, julgada em 18/4/2013, Plenário. publicado no DJE nº 173, em 4/9/2013, ata nº 125/2013.

suas razões, o que vai facilitar eventual processamento de Reclamação *a posteriori*, e o segundo, orientado ao STF, estabelece que em sendo acolhida a Reclamação, o Tribunal deve determinar que o órgão administrativo adeque-se até para as futuras decisões administrativas em casos semelhantes, sob pena de responsabilização pessoal da autoridade prolatora, nas esferas cível, penal e administrativa, buscando-se, assim, evitar novos litígios em torno do mesmo comportamento.

Outro aspecto dessa hipótese de Reclamação é que ela se destina a salvaguardar tão-somente as súmulas vinculantes aprovadas nos termos do art. 103 –A da Constituição Federal.

Assim, em que pese o art. 927 do CPC/2015 tornar as súmulas do STF, do STJ e dos Tribunais de Justiça de observância obrigatória, na dicção do próprio art. 988, inciso III, do CPC/2015, em face na inobservância dessas, não cabe Reclamação²⁷.

Ou seja, ainda que as súmulas sejam obrigatórias, a figura da Reclamação tem o seu escopo restrito não alcançando, em mais uma tentativa de restringir o escopo do instituto.

4.4 Reclamação para Garantia de Acórdão proferido em IRDR ou IAC

Esta Reclamação nasce com a possibilidade de os Tribunais tomarem decisões com eficácia *erga omnes*, ou seja, se a decisão vincula a todos os magistrados, nada mais justo que haja um instrumento para garantir a observância desse precedente.

Diz respeito, portanto, aos casos futuros que forem decididos após o julgamento do precedente e de se resolver todos os processos que estavam suspensos com a aplicação da tese jurídica firmada.

Na verdade, essa hipótese é uma especificação que poderia já estar compreendida no inciso II do art. 988, porque é uma Reclamação para garantia da autoridade de uma decisão de observância obrigatória, nos termos do art. 927 do CPC.

5. PROCESSAMENTO

Por se tratar de um processo autônomo, por meio do ajuizamento de uma nova ação, a Reclamação tem início com uma petição dirigida ao Presidente do Tribunal cuja decisão foi supostamente violada, já acompanhada da prova documental correspondente.²⁸ Ou seja, não existe uma fase instrutória, o que, por si só, já configura celeridade processual.

Além disso, conforme jurisprudência pacificada do STF, essa petição já deve demonstrar o cumprimento dos requisitos necessários, individualizando os atos reclamados e evidenciando, no caso das hipóteses de Reclamação para garantia da autoridade da decisão, a estrita aderência entre o ato reclamado e o paradigma²⁹.

²⁷ Conforme Rcl 9.344 – AgR, Rel. Min. Dias Toffoli, Plenário, julgado em 2/6/2010, publicado no DJe nº 200, de 22/10/2010.

²⁸ Conforme art. 988, §2º, do CPC/2015.

²⁹ Neste sentido é o Rcl 42.819 – AgR, rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgado em 5/10/2020, pela 2ª Turma, DJE nº 246, publicado em 9/10/2020, o qual cita o Rcl 9.732-AgR/SP, Rel. Min. Joaquim Barbosa, Pleno.

São legitimados para propor tal ação as partes interessadas e o Ministério Público Federal, conforme *caput* do art. 988 do CPC/2015.

Entretanto, a partir do momento que é possível ao Tribunal revisitar a tese do paradigma por meio do instituto, é de se reconhecer a participação, também, de *amicus curiae*. Aliás, após a Reclamação nº 1.880, toda pessoa afetada pela decisão contrária à decisão com efeito vinculante ou repercussão geral pode questionar o ato (MENDES; BRANCO, 2021).

Cumprido reiterar que, diversamente dos recursos e da rescisória, inexistente prazo legal ou regimental para o ajuizamento de uma Reclamação, a qual somente está temporalmente limitada pelo trânsito em julgado da decisão reclamada, por força do art. 988, §5º, do CPC/2015.

Aliás, em face desse dispositivo e do propósito da Reclamação, é possível se conceber a possibilidade de ocorrer o trânsito em julgado de uma decisão (reclamada), após ser ajuizada uma Reclamação, antes do desfecho desta.

Corroborando ainda esse entendimento o fato de que o art. 989, inciso II, do CPC dispõe que haverá a suspensão do processo apenas se necessário para evitar dano irreparável, ou seja, em não se demonstrando tal dano, não se tem a suspensão e, por conseguinte, há grandes chances de, em tese, haver o trânsito em julgado.

Contudo, por se tratar de processos passíveis de decisão monocrática³⁰ e para os quais não há análise probatória, o rito da Reclamação costuma ser célere. Aliás, um estudo realizado com base em dados do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro concluiu que o julgamento de um recurso quando se dá monocraticamente demora, em média, um terço do tempo gasto para a conclusão do julgamento colegiado (FERRAZ, 2009 *apud* FUX; BODART, 2020).

A título de exemplo, cita-se a Reclamação nº 40.443, contra Acórdão do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF), que foi protocolada em 6 de maio de 2020, teve seu seguimento negado monocraticamente em 27 de maio e, em 29 de junho de 2020, portanto 54 dias após a protocolização, transitou em julgado.

Da decisão de negativa de seguimento, cabe agravo, que segue para o Plenário. Contudo, ainda assim, vislumbra-se ganhos com celeridade, até porque, por força do art. 1.024, §4º do CPC/2015, se o agravo interno for manifestamente inadmissível ou improcedente, cabe multa de 1% a 5% sobre o valor da causa. Essa multa nada mais é do que uma forma que o legislador encontrou de fazer o recorrente arcar com “os custos das externalidades negativas causadas pela interposição do recurso” (FUX; BODART, 2020).

Neste sentido, cita-se a Reclamação nº 34.865, protocolada em 16 de maio de 2019, que teve seu seguimento negado por despacho em 14 de junho de 2019, o qual foi agravado em 27 de junho de 2019, em que o julgamento virtual foi finalizado em 27 de setembro de 2019, ou seja, pouco mais de quatro meses após o protocolo, e, como a decisão foi pela negativa do provimento do agravo, foi cominada a multa do art. 1021, §4º, do CPC.

³⁰ Nos termos do parágrafo único do art. 161 do Regimento Interno do STF.

Contudo, considerando que o acervo de processos de competência originária do STF está em torno de 10.900 processos, dos quais cerca de 3.000 correspondem a Reclamações³¹, a preocupação, sob uma perspectiva econômica, deve ser no sentido de que esse número de autuações, que hoje é de pouco menos de 30% do total de processos de competência originária, mas que em 2020 totalizaram 70% das autuações de competência originária do Tribunal, não aumente, mormente quando se tem conhecimento de que a taxa de provimento das classes recursais no Tribunal é de apenas 3,2%.

A respeito dessa taxa de sucesso ou provimento, Ivo Gico Jr e Henrique Cavalcante (2019 *apud* FUX;BODART, 2020), pontuam que uma possível causa para o elevado número de recursos perante o STF, de um modo geral, que tem associação com a teoria econômica, é a falta de informação, por parte dos advogados, desse percentual de êxito. Por conseguinte, é possível conceber semelhante avaliação no que tange ao crescente número de Reclamações.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Reclamação, desde a sua origem, surgiu como instrumento que se concebeu necessário para remediar algumas situações excepcionais. Fruto de uma construção jurisprudencial sensível à necessidade de o Tribunal preservar a integridade da sua competência e garantir a autoridade das suas decisões, a Reclamação não era “unanimidade” nos seus primórdios.

Sob influência do direito norte americano, alguns Ministros do STF do século passado passaram a aceitar esse instrumento, em caráter excepcional, haja vista a ausência de previsão legal.

Todavia, mesmo após a previsão – primeiro regimental e depois constitucional – a Reclamação foi admitida com limitações, as quais evidenciavam preocupações, ora com a autoridade das decisões proferidas por juízes de instâncias inferiores, ora e preponderantemente, em não se sobrecarregar o STF.

Além da polêmica em torno do seu reconhecimento como remédio jurídico processual, a Reclamação também suscitou controvérsias no que diz respeito a sua natureza jurídica. Contudo, atualmente, até mesmo em razão dos contornos trazidos com a sua positivação, é possível concluir que não se trata de um recurso, tampouco de um incidente processual. A discussão em torno de ser um direito de petição, existiu em razão de expresse pronunciamento do STF, mas predomina o entendimento de ser uma ação, haja vista os elementos necessários ao seu processamento.

Sob o ponto de vista de uma análise econômica, o fato de não ser concebida como um recurso, por si só, já traz ganhos, porque limita o seu escopo, não se prestando simplesmente para reformar uma decisão que é insatisfatória ao reclamante.

De escopo delimitado, porém ampliado após a EC nº 45, de 2004, bem como após a publicação do CPC/2015, a Reclamação vem crescendo a cada ano, certamente em

³¹ Conforme dados estatísticos publicados no site do STF.
<https://transparencia.stf.jus.br/single/?appid=e554950b-d244-487b-991d-abcc693bfa7c&sheet=9123f27b-bbe6-4896-82ea-8407a5ff7d3d&theme=simplicity&select=clearall>. Acesso em 10 jul. 2021.

razão dos contornos objetivos conferidos ao direito processual, desde a repercussão geral até os IRDR e IAC.

Mas, se por um lado o CPC/2015 ampliou as hipóteses de cabimento da Reclamação, a jurisprudência do STF tem restringido o seu alcance, como por exemplo, ao não aceitar a Reclamação *per saltum*, situação essa posteriormente positivada por alteração ao CPC, e ao não aceitar a aplicação da teoria dos motivos determinantes, ressalvada as hipóteses previstas no próprio CPC.

De outra banda, o CPC/2015 também trouxe algumas limitações que indiretamente afetam a Reclamação, tais como a multa do art. 1.041, §4º, e as hipóteses de agravo interno, que deixam de submeter aos Tribunais Superiores indeferimentos determinados pelos Tribunais de 2ª instância.

Sob o aspecto da economia processual com implicações na celeridade, a Reclamação traz ganhos a quem reclama, uma vez que se trata de uma ação já da competência originária do Tribunal, o que evita o ajuizamento de sucessivos recursos.

No que diz respeito à segurança jurídica, os ganhos são ainda mais evidenciados, haja vista que o instituto se presta, na sua essência, a garantir a ordem constitucional e a uniformização jurisprudencial buscada com o efeito vinculante das decisões dos Tribunais; ademais, mesmo quando promove a revisitação da tese, a reforma da jurisprudência tem sido motivada por mudanças drásticas de cenário fático e jurídico.

Do seu processamento, ainda é possível destacar a ampla legitimação e o rito simples, o que consagra a Reclamação como um mecanismo processual ágil, célere e eficaz para tutelar a ordem constitucional.

Por outro lado, se a celeridade e a segurança jurídica visam previsibilidade, redução de litígios, redução de custos econômicos e sociais para toda a sociedade, todos esses valores precisam ser valorados, inclusive, em relação ao volume de Reclamações perante o STF.

Assim, se os números revelados destacam um aumento de autuações de Reclamações, é preciso se conhecer as taxas de provimento dessas porque, se forem tão diminutas quanto aquelas das classes recursais, que estão na ordem de 3,2%, resta evidenciado que os precedentes estão sendo cumpridos, que a segurança jurídica está sendo buscada, porém as partes, o Estado, e por conseguinte toda a sociedade, ainda estão arcando com custos que poderiam estar sendo evitados.

Em outras palavras, em que pese se reconhecer a importância da Reclamação como instrumento de tutela da ordem constitucional, sob uma perspectiva econômica, o aumento da procura desse instituto, a despeito do crescente número de precedentes vinculantes, pode revelar que o seu uso está sendo abusivo, em prejuízo, portanto, ao funcionamento do próprio STF, com repercussões, em última análise, na pacificação social, no bem-estar de todos e no respeito aos direitos de um modo geral, valores tão caros e buscados por uma sociedade democrática.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição (1967). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: promulgada em 24 de janeiro de 1967, DF. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm>. Acesso em 10 jul. 2021

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: promulgada em 5 de outubro de 1988, DF. Disponível em:http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 22abr. 2021

BRASIL. Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, 1 fev. 1999. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19784.htm . Acesso em 21 jun. 2021.

BRASIL. Lei nº 11.417, de 19 de dezembro de 2006. Regulamenta o art. 103-A da Constituição Federal e altera a Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, disciplinando a edição, a revisão e o cancelamento de enunciado de súmula vinculante pelo Supremo Tribunal Federal, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, 20dez. 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/11417.htm> . Acesso em 21 jun. 2021.

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, 17mar. 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em 15mai. 2021.

BRASIL. Lei nº 13.256, de 4 de fevereiro de 2016. Altera a Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil), para disciplinar o processo e o julgamento do recurso extraordinário e do recurso especial, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, 5fev. 2016. Disponível em: <<https://presrepublica.jusbrasil.com.br/legislacao/303746902/lei-13256-16>> . Acesso em 15 mai. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação nº 90 - primeira, julgada em 11 de setembro de 1946. Rio de Janeiro, DF. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?base=acordaos&pesquisa_inteiro_teor=false&sinonimo=true&plural=true&radicais=false&buscaExata=true&page=1&pageSize=10&queryString=%22%20Rcl%2090%20primeira%22&sort=_score&sortBy=desc> . Acesso em: 2jul. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação nº 100 - primeira, julgada em 17 de abril de 1948, **Coletânea de acórdãos** nº 155, p.121. Rio de Janeiro, DF. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/colac2922/false>> . Acesso em 21 jun 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação nº 127 - primeira, julgada em 6 de setembro de 1950, **Diário de Justiça** de 26/10/1950, pp. 9746, Ementário vol. 00017-01, pp -0001, Rio de

Janeiro, DF. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur30675/false>>. Acesso em 20 jun 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação nº 141 - primeira, julgada em 25 de janeiro de 1952, **Diário de Justiça** de 17/04/1952, pp. 03549, vol. 00078-01 pp-00001, Rio de Janeiro, DF. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur29627/false>>. Acesso em 20 jun 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Regimento interno do Supremo Tribunal Federal**: texto atualizado com anotações e índices analítico e alfabético remissivo. Rio de Janeiro: Ed. Nacional de Direito, 1957.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação nº 336, julgada em 19 de dezembro de 1990, **Diário de Justiça** de 15/3/1991, pp. 02644, Ementário vol. 01612-01, pp -00007, Brasília, DF. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur152391/false>>. Acesso em 19 jun 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Declaratória de Inconstitucionalidade nº 2.212/CE, julgada em 2 de outubro de 2003, **Diário de Justiça** de 14/11/2003, pp. 00014, Ementário vol 02132-13, pp -02403, Brasília, DF. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur97224/false>>. Acesso em 19 jun 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação nº 3.084 , julgada em 29 de abril de 2009, **Diário de Justiça Eletrônico nº 121**, de 1/7/2009, pp. 00014, Ementário vol 02367-01, pp -00146, Brasília, DF. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur88360/false>>. Acesso em 19 jun 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação nº 3.014, julgada em 10 de março de 2010, **Diário de Justiça Eletrônico nº 91**, de 21/5/2010, Brasília, DF. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur177874/false>> Acesso em 19 jun 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação nº 10.793, julgada em 13 de abril de 2011, **Diário de Justiça Eletrônico nº 107**, de 6/6/2011, Brasília, DF. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur193257/false>> Acesso em 19 jun 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Embargos de Declaração no Recurso Extraordinário com Agravo nº 707.863, julgados em 30 de outubro de 2012, **Diário de Justiça Eletrônico nº 227**, de 20/11/2012, Brasília, DF. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur219116/false>>. Acesso em 19 jun 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação nº 4.374, julgada em 18 de abril de 2013, **Diário de Justiça Eletrônico nº 173**, de 4/9/2013, Brasília, DF. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur240579/false>>. Acesso em 19 jun 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação nº 12.484, julgada em 29 de abril de 2014, **Diário de Justiça Eletrônico nº 189**, de 29/09/2014, Brasília, DF. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur30675/false>>. Acesso em 20 jun 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação nº 8.168, julgada em 19 de novembro de 2015, **Diário de Justiça Eletrônico nº 037**, de 29/02/2016, Brasília, DF. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur340543/false>>. Acesso em 20 jun 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental na Reclamação nº 34.865, julgada em 27 de setembro de 2019, **Diário de Justiça Eletrônico nº 220**, de 10/10/2019, Brasília, DF. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur412738/false>>. Acesso em 18 jun 2021.

Brasil. Supremo Tribunal Federal (STF). **Regimento interno / Supremo Tribunal Federal**. – Brasília: STF, Secretaria de Altos Estudos, Pesquisas e Gestão da Informação, 2020. 291 p.. Disponível em: <<https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/legislacaoRegimentoInterno/anexo/RISTF.pdf>>. Acesso em 20 mai 2021.

CALLEGARI, Artur Henrique. **Breve histórico da reclamação constitucional**, [S./l], 2014. Disponível em: <<http://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/42164/breve-historico-da-reclamacao-constitucional>>, acesso em 4 jul 2021.

CÔRTEZ, Osmar Mendes Paixão. **A reclamação no novo CPC – Fim das limitações impostas pelos Tribunais Superiores ao cabimento?** Revista de Processo. vol. 244, ano 40. P. 347-358. São Paulo: Ed. RT, jun 2015.

GICO JÚNIOR, Ivo Teixeira; CAVALCANTE, Henrique Haruki Arake. **Taxa de Recorribilidade, Taxa de Reversibilidade e Eficiência Judicial**, 14 Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM, 2019, *apud* FUX, Luiz. BODART, Bruno. Processo civil e análise econômica, 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

FERRAZ, Leslie Shéri da, **Decisão monocrática e agravo interno celeridade ou entrave processual?** A justiça no estado do Rio de Janeiro, Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas, Centro de Justiça e Sociedade (2009), Disponível em: <<https://perma.cc/7FH2-S2KP>> *apud* FUX, Luiz. BODART, Bruno. Processo civil e análise econômica, 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

FUX, Luiz. **Processo civil contemporâneo**. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

FUX, Luiz; BODART, Bruno. **Processo civil e análise econômica**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Ações constitucionais**. 2. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2013.

MARINONI, Luiz Guilherme *in* SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 10 ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2021, e-Book.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 16 ed. São Paulo: Saraiva Jur.Série IDP – Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa. 2021.

QUINTAS, Fábio Lima; CÉSAR FILHO, Alcebíades Galvão. **Serve a reclamação constitucional para modificar precedentes?**, [S.l], 2018. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-fev-10/observatorio-constitucional-serve-reclamacao-constitucional-modificar-precedentes#sdendnote2sym>>. Acesso em 20 jun. 2021

THEODORO JR, Humberto. **Curso de direito processual civil vol. 3**. 54 ed. revista, atualizada e ampliada. Rio de Janeiro: Forense/Gen, 2020.



TRIBUTAÇÃO DO VÍCIO (*SIN TAXATION*): FISCALIDADE E DESIGUALDADE SOB A APARÊNCIA DE EXTRAFISCALIDADE¹

*André Parmo Folloni²,
Antonio Bazilio Floriani Neto³,
Willian Batista de Oliveira⁴*

RESUMO

O objetivo desse trabalho é avaliar em que medida a tributação de comportamentos indesejados baseados em vício, como o consumo de cigarros, é eficaz enquanto instrumento extrafiscal para induzir condutas mais saudáveis. O uso do instrumental tributário para desestimular essas

¹ O presente trabalho foi realizado com apoio da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoa de Nível Superior – Brasil (CAPES) – Código de Financiamento 001, do Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPq) – Chamada Universal, e da Fundação Araucária de Apoio ao Desenvolvimento Científico e Tecnológico do Estado do Paraná – Pesquisa Básica e Aplicada. This study was financed in part by the Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior - Brasil (CAPES) - Finance Code 001, the Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPq) – Chamada Universal, and the Fundação Araucária de Apoio ao Desenvolvimento Científico e Tecnológico do Estado do Paraná – Pesquisa Básica e Aplicada.

² Professor Titular e Decano (Dean) da Escola de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Professor permanente e ex-coordenador do Programa de Pós-Graduação em Direito da PUCPR (Mestrado e Doutorado). Doutor em Direito pela Universidade Federal do Paraná, Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Graduado em Direito pela Universidade Federal do Paraná e em Filosofia pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Principal interesse de pesquisa: relações entre Direito Tributário, tributação e desenvolvimento. Vice-presidente da World Complexity Science Academy, membro da Human Development and Capability Association e líder do Grupo de Pesquisas Tributação, Complexidade e Desenvolvimento (PPGD/PUCPR/CNPq). Autor dos livros *Introdução à Teoria da Complexidade* (2016), *Ciência do Direito Tributário no Brasil* (2013), *Teoria do Ato Administrativo* (2006) e *Tributação sobre o Comércio Exterior* (2005).

³ Doutor em direito econômico pela PUCPR (2020). Possui graduação em direito (2011), especialização em direito previdenciário (2013) e mestrado (2015) em direito econômico pela PUCPR. Membro da Comissão de Direito Previdenciário da OAB-PR. Autor da obra "Seguro de Acidentes do Trabalho: voracidade fiscal, empresas e economia", publicada pela Editora LTr. Membro do grupo de pesquisa de Análise Econômica do Direito da PUCPR. Diretor Jurídico Adjunto do Instituto Brasileiro de Direito Previdenciário (IBDP). Foi editor da revista de direito empresarial (RDEMP). Advogado, professor da Faculdade de Educação Superior do Paraná (FESP) e de cursos de pós graduação lato sensu.

⁴ Mestrando em Planejamento e Governança Pública pela Universidade Tecnológica Federal do Paraná - UTFPR; Mestrando em Administração Autárquica pelo Instituto Politécnico de Bragança - Portugal. Graduado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (2010); Tecnólogo em Gestão Pública pela Universidade Estadual do Centro-Oeste (2020); Especialista em Administração Pública; Especialista em Auditoria e Controladoria (ambos pelo Centro Universitário de Maringá); Especialista em Gestão e Liderança Corporativa pela Faculdades Batista do Paraná; Extensão em Direito Tributário pela Academia Brasileira de Direito Constitucional; Extensão no Módulo de Incidência e Crédito Tributário da especialização em Direito Tributário do Instituto Brasileiro de Estudos Tributários - IBET. Atualmente é Auditor Fiscal de Tributos Municipais na Prefeitura Municipal de Curitiba, atuando como Gerente de Fiscalização do Departamento de Rendas Mobiliárias da Secretaria de Finanças, e Representante da Fazenda como Conselheiro Titular do Conselho Municipal de Contribuintes do Município de Curitiba. Professor de Direito Tributário e Legislação Tributária Municipal em cursos preparatórios para concursos públicos. Ministrou a disciplina de Impostos Municipais na Pós-Graduação lato sensu da Universidade Estadual do Norte Pioneiro - UENP. Instrutor da Escola Fazendária da Associação Baiana de Auditores Fiscais Municipais. 1º lugar no Prêmio Fenafim 2018. Participou do 13º Programa de Intercâmbio da Subchefia de Assuntos Jurídicos da Presidência da República e da Assessoria Especial de Assuntos Legislativos do Ministério da Justiça e Segurança Pública (2019). Palestrante no VII Congresso Baiano de Direito Municipal (2019).

condutas é amplo em várias partes do mundo, e é chamado, na literatura estrangeira, de *sin taxation* (tributação do pecado). O trabalho parte da hipótese de que comportamentos baseados em vício qualificam-se como demanda inelástica e, no caso, menos sujeitos a flutuações decorrentes de variação de preço a maior. Para tanto, o trabalho coleta pesquisas empíricas relacionadas com os comportamentos ligados ao consumo de tabaco, concluindo que há fortes argumentos para considerar que o impacto da tributação extrafiscal no desestímulo da conduta é reduzido, mas que os efeitos colaterais, inclusive na forma de externalidades, podem ser bastante significativos, desde a venda e o consumo de produtos ilegais que escapam da tributação, até a necessidade do consumidor alocar mais recursos para sustentar o vício, abrindo mão de outros itens de consumo, passando pela desigualdade decorrente do fato de que consumidores com maior capacidade econômica podem internalizar o custo elevado pela tributação e seguir consumindo, enquanto consumidores de menor capacidade econômica podem ser induzidos ao consumo ilegal sem controle sanitário.

Palavras-chave: Tributação; Vício; Extrafiscalidade; Intervenção do Estado; Desenvolvimento.

SIN TAXATION: FISCAL PURPOSES AND INEQUITY HIDDEN AS NON FISCAL TAXATION

ABSTRACT

This article aims to evaluate to what extent the taxation of unwanted behaviors based on addiction, e.g. consumption of cigarettes, is effective as a non fiscal instrument to induce more healthy conducts. The tax instrument to discourage these conducts is broadly used in many parts of the world and is called a *sin taxation*. The article starts from the hypothesis that sin based behaviors qualify as inelastic demand and, in this case, are less subject to fluctuations resulting from the price increase variation. Therefore, the article collects empirical researches related to behaviors linked to the consumption of tobacco. It concludes that there are strong arguments to consider that the impact of non fiscal taxation on the discouragement of conduct is reduced, but the side effects, including in the form of externalities, can be quite significant. These effects comprise the sale and consumption of illegal products with no taxation and the necessity to allocate more resources to sustain the addiction, giving up on other consumption items. Moreover, it creates the inequality that results from the fact that consumers with greater economic capacity are able to internalize the elevated costs due to taxation and keep on consuming, while the consumers with less economic capacity might be induced to illegal consumption without sanitary control.

KEYWORDS: Taxation; Addiction; Taxation with non fiscal purposes; State intervention; Development.

INTRODUÇÃO

O objetivo deste estudo é avaliar a efetividade de medidas extrafiscais voltadas ao desestímulo de comportamentos fundados no vício, o que a doutrina de língua inglesa costuma denominar de *sin taxes* (impostos sobre o pecado), a partir do exemplo do tabagismo.

Embora a face mais aparente da tributação consista na arrecadação de recursos, produzidos privadamente, para o Estado, com vistas à aplicação em necessidades públicas, as normas tributárias apresentam também forte caráter indutor de conduta, propositada ou acidentalmente.

O estudo da função extrafiscal dos tributos é exatamente o exame da indução de determinados comportamentos aos indivíduos pela via tributária. A extrafiscalidade

está intensamente presente no ordenamento jurídico brasileiro, nas mais variadas situações. Há exemplos recentes, como estímulo à redução dos acidentes de trabalho pela majoração da contribuição social denominada de seguro de acidente do trabalho (SAT) conforme o número de acidentes de trabalho verificados na empresa. E há exemplos antigos, que ainda perduram, como ocorre com os incentivos fiscais conferidos à Zona Franca de Manaus. Com a finalidade de promoção do desenvolvimento, o Estado valeu-se do instrumento tributário para induzir o comportamento de industrializar a região.

O rol de tributos com uso extrafiscal é extenso e variado. Os incentivos, muitas vezes, atingem o fim a que se destinam: os agentes econômicos respondem ao incentivo estatal, com vistas à obtenção do benefício ou da isenção fiscal proposta.

Nesse contexto, o problema da presente pesquisa é avaliar se a tributação de comportamentos compulsivos, fundados no vício, é suficiente para desestimular a conduta, reduzindo ou anulando os efeitos do vício. A hipótese do trabalho é de que a elevação da carga tributária sobre cigarros, bebidas e jogos não necessariamente induz o consumidor a abdicar do hábito. O encarecimento da conduta pode, como se verá, produzir externalidades, à medida que força o indivíduo a gastar mais para sustentar o vício, reduzindo os recursos à sua disposição para outras finalidades. Conseqüentemente, a função extrafiscal acaba tornando-se meramente arrecadatória, permitindo a arrecadação de recursos a partir do comportamento que, em tese, deveria ser desestimulado, tendo em vista o fato de envolver uma demanda inelástica, gerando efeitos colaterais importantes.

Gera-se, então, a necessidade de correção da externalidade, permanecendo a necessidade de proteção da saúde, ao mesmo tempo em que o preço majorado pela incidência tributária induz o viciado a consumir produtos mais baratos e, possivelmente, de pior qualidade. Caracterizada a demanda sustentada em vício como inelástica, pouco suscetível à flutuação por incidência de tributação, o imposto incidente assume um caráter meramente arrecadatório, devendo ser, então, estudado como tributo comum, não extrafiscal, sujeito às limitações próprias desse tipo de incidência tributária.

Para enfrentar o problema, o trabalho adota o percurso metodológico multidisciplinar. Haverá a utilização concomitante, embora não misturada, de conceitos econômicos, como eficiência, demanda e inelasticidade, ao lado dos conceitos jurídicos, com amparo bibliográfico e em dados provenientes de estudos empíricos objeto da pesquisa deste artigo. Inicialmente, discute-se introdutoriamente a tributação extrafiscal, seus desafios e seus limites. Em seguida, o texto analisa a aplicação da extrafiscalidade à tributação do vício, a partir de estudo do tabagismo. Ao final, o trabalho apresenta as dificuldades em que pode incorrer a opção por tributação extrafiscal em caso de vício.

1. TRIBUTAÇÃO, EXTRAFISCALIDADE E FUNÇÃO INDUTORA

A tributação, basicamente, apresenta duas funções: determina a quantidade de recursos financeiros que será reservada para a arrecadação estatal, e como os recursos privados serão distribuídos. Ao cumprir essas funções, a tributação implementa

determinada compreensão relativa à justiça social (MURPHY, 2002, p. 76). Afinal, na esteira do que afirma Estares (2016, p. 391), a história do Estado praticamente se confunde com a própria história do tributo. A relação jurídica tributária, nesse sentido, pode ser visualizada, de um modo geral, como um mecanismo para assegurar e efetivar direitos fundamentais (RODRIGUES; KUNTZ, 2018, p. 152), embora possa, paradoxalmente, expor esses direitos a risco (FOLLONI, 2012, p. 31).

Mas é possível, também, pensar o problema da tributação sob o ponto de vista dos objetivos perseguidos com cada incidência. Algumas incidências tributárias objetivam arrecadar. Outras, diferentemente, objetivam induzir os contribuintes a adotarem determinadas condutas, o que pode aumentar ou reduzir a arrecadação daquele tributo específico – eventualmente, até a anular.

Para os fins deste estudo, os tributos extrafiscais são aqueles concebidos com finalidade predominantemente indutora. Seu objetivo principal é induzir os contribuintes a adotarem ou não adotarem determinado comportamento (FOLLONI, 2014, p. 205). Alfredo Augusto Becker (2010, p. 631), nos tempos fundacionais do Direito Tributário brasileiro, sustentava que para impedir ou desestimular determinado fato o Estado pode declará-lo ilícito ou criar a incidência de um tributo extrafiscal de efeitos proibitivos. No que tange ao tributo extrafiscal proibitivo, esclarecia Alfredo Augusto Becker, o Estado não deseja exatamente o tributo ou o valor por ele obtido, e sim um reflexo econômico-social, resultante da abstenção dos indivíduos de realizarem o fato descrito na hipótese de incidência tributária (BECKER, 2010, p. 634-635). Mais recentemente, pode-se citar o manejo do instrumento tributário com finalidade indutora por meio da redução do IPI e ICMS com vistas a estimular o consumo e, desta forma, reduzir os efeitos da crise financeira de 2008 (GONÇALVES; RAMOS, 2017, p. 286).

Luís Eduardo Schoueri (2005, p. 30) trata a função extrafiscal na temática das normas tributária indutoras, pois através delas “o legislador vincula a determinado comportamento um conseqüente, que poderá consistir em vantagem (estímulo) ou agravamento da natureza tributária”. Schoueri (2005, p. 32) também explica que a indução, sob o ponto de vista jurídico, nada mais é que “[...] uma ordem para que o sujeito passivo adote certo comportamento. Não se perfazendo o comportamento, nasce uma obrigação tributária, que colocará o sujeito passivo em situação mais onerosa que aquela em que se situaria se adotado o comportamento prescrito pelo legislador”.

Sob certas condições, o Estado tem a prerrogativa de procurar induzir comportamentos dos contribuintes. Criará, então, situações em que o contribuinte será favorecido ou terá sua situação econômica agravada, conforme adote ou não adote o comportamento pretendido pelo ente tributante (ADAMY, 2012, p. 303). Logo, a utilização das normas indutoras, com finalidades extrafiscais, revela-se como um meio de intervenção do Estado sobre a economia, intervindo sobre determinadas relações socioeconômicas para atingir fins de naturezas variadas, inclusive para propósitos educacionais (MENDONÇA, ALMEIDA, 2011, p. 678-679).

Naturalmente, contudo, não basta o exame da finalidade almejada – que, naturalmente, precisa ter amparo constitucional inequívoco. Além de outros exames, é imprescindível que o legislador, ao manejar a função extrafiscal, pondere as conseqüências que podem advir da incidência tributária especialmente majorada ou

reduzida. A intervenção afeta a oferta e a demanda, forças que determinam o preço dos produtos e a quantidade da venda. Alterando esses indicadores de comportamento dos agentes econômicos, a tributação tem o potencial de influir drasticamente no equilíbrio e na alocação eficiente de recursos no mercado (SCHOUERI, 2015, p. 41). Logo, eventuais distorções de mercado igualmente merecem ser objeto de reflexão antes de implementada a prática e, depois de implementada, mediante acompanhamento permanente ou periódico, uma vez que novas conjunturas socioeconômicas poderão exigir adequações normativas.

Além disso, é fundamental a ponderação de eventuais desequilíbrios na igualdade de tratamento dos contribuintes por ocasião da utilização de tributos extrafiscais. Todo tributo extrafiscal, por definição, tributa diferentemente contribuintes sem que a razão principal da diferenciação esteja fundada na capacidade econômica (FOLLONI, 2014, p. 206). É preciso avaliar se essa desigualdade no que diz respeito ao padrão constitucional geral de igualdade de tributação, a capacidade contributiva, é de fato necessária, adequada e proporcional. A análise da proporcionalidade se apresenta como um caminho adequado para a aferição dessa regularidade. Ela poderá aferir, exatamente, se a tributação diferenciada por motivos diversos da capacidade contributiva é adequada, necessária e proporcional (SCHOUERI, 2015, p. 215). Nesse sentido, ensina Humberto Ávila (2012, p. 138):

Quando as normas tributárias exercem influência sobre comportamentos econômicos, elas tangenciam direitos de liberdade do cidadão e devem ser analisadas quanto à sua compatibilidade com os direitos fundamentais (por exemplo, liberdade, propriedade, esfera privada). Porque as normas diretas possuem eficácia formativa que se exterioriza normalmente por meio de recomendações comportamentais, a intensidade dos comandos deve ser examinada. Aqui tem significado o dever de proporcionalidade.

O meio será adequado quando conduz, de forma efetiva, ao objetivo perseguido (SEGUNDO, 2012, p. 66). Já a necessidade é constada a partir do momento em que, ao analisar os meios existente se adequados, não exista outro menos gravoso à promoção dos demais princípios previstos na Constituição. Por fim, a proporcionalidade em sentido estrito, como ensina Hugo de Brito Machado Segundo (2012, p. 66), ocorre quando além de adequada e necessária, a medida “questão causar aos outros princípios, igualmente prestigiados constitucionalmente, impactos mínimos, justificáveis em face do maior benefício obtido com a sua adoção (os bônus justificam os ônus)”.

De fato, os exames de adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito permitem uma análise mais profunda quanto à legitimidade jurídica, levando em consideração a eficácia, sua conveniência diante de alternativas, e as vantagens e desvantagens de determinadas medidas extrafiscais. Mesmo diante de finalidades legítimas, a tributação extrafiscal necessita, nas palavras fortes de Pedro Adamy (2012, p.303), de “[...] meios de controle específicos para que não haja um verdadeiro fetiche na consecução de fins constitucionais pela via fiscal instrumentalizadora.” De fato, não é incomum o erro de se pretender que aquela disciplina jurídica objeto de nossos estudos é capaz de oferecer boas soluções aos problemas socioeconômicos do País. Contudo, é preciso ter a humildade para admitir que, nem sempre, a via é a mais adequada para o enfrentamento de problemas complexos e de naturezas variadas.

Assim, as medidas interventivas do Estado, por meio dos tributos, devem ser sempre avaliadas e, no tempo, reavaliadas pela a submissão ao exame da adequação, necessidade e proporcionalidade. Deve estar presente, de forma acentuada, a preocupação quanto às limitações ao poder de tributar, não apenas aquelas expressas no artigo 150 da Constituição, mas em todo o seu texto quando interpretado sistematicamente. É fundamental o respeito a todos os princípios, regras e postulados constitucionais direta ou indiretamente relacionados com a incidência tributária em questão.

A capacidade contributiva, inclusive, deve participar dessa avaliação: mesmo na função extrafiscal, precisa ser considerada, para que eventuais diferenças de capacidade econômica entre os contribuintes não culminem em tratamentos excessivamente desiguais e ou em ineficácia da medida, ainda que parcial, por razões econômicas. Assim, será possível evitar que determinados contribuintes com maior capacidade econômica permaneçam realizando a conduta que a norma visa coibir, por possuírem condições de internalizar o custo tributário. Do contrário, apenas os indivíduos com menor poder econômico que seriam obrigados a modificar seus comportamentos, criando uma desigualdade congênita na tributação extrafiscal (FOLLONI, 2014, p. 211).

Sobre esse pano de fundo inserem-se os tributos sobre o vício. A principal hipótese levantada neste trabalho refere-se ao fato de que, mesmo diante da tributação elevada, os indivíduos podem acabar não modificando os seus comportamentos, ou seja, permanecem consumindo os produtos que prejudicam a sua saúde. A força do vício pode ser maior do que a necessidade econômica, e frequentemente é, sendo notórios casos em que dependentes vendem seus bens ou de parentes para sustentar a dependência. No caso do consumo inelástico, como veremos adiante, os indivíduos permanecem com seus comportamentos anteriores, levando a um efeito reverso do pretendido.

2. FUNÇÃO INDUTORA NA TRIBUTAÇÃO DO VÍCIO: ECONOMIA E MORAL

Devin Rheume (2015, p. 4), em sua pesquisa, encontrou em Adam Smith o pensador inaugural na discussão, ainda que indireta, de políticas econômicas envolvendo impostos sobre o vício, incluindo tabaco, rum e açúcar. O criador da Economia Política, de fato, sugeriu que tais itens são adequados para sofrer tributação intensa devido a seu amplo uso e consumo, e ao fato de serem itens não necessários, de consumo baseado no luxo (SMITH, 2007, p. 731). Contudo, não levou em conta, na época, o fato de que produtos desse tipo viciam e são consumidos, muitas vezes, mesmo diante da vontade do consumidor de deixar de consumir. Assim, a recomendação de Adam Smith fundamentava-se mais no fato de que há consumo amplo desses produtos do que em investigações sobre os motivos que levam o consumo a ser amplo ou sobre os efeitos, diretos e indiretos da tributação sobre produtos que causam ou podem causar vício. David Ricardo (2001, p. 177) também endossou a tributação de itens de consumo fundado no luxo em vez de produtos necessários, refletindo sobre os efeitos dessa tributação nos salários, nos lucros e nos padrões de consumo.

Mais recentemente, Arthur C. Pigou (1932, p. 193) também discutiu os efeitos daquilo que aqui estamos chamando de impostos sobre o vício. Pigou diferenciava entre o produto líquido individual e o produto líquido social (*social net product*), avaliando os efeitos de contratos entre duas partes sobre terceiros, eventualmente sobre toda a sociedade. As empresas vendedoras de álcool, por exemplo, vendem para um consumidor, mas essa venda e consumo afetam interesses sociais, como, por exemplo, a criminalidade associada ao consumo de álcool. Poderia fazer sentido, então, restringir a conduta pela criação extraordinária de um tributo, diminuindo a oferta e, por consequência, o consumo e as externalidades negativas (PIGOU, 1932, p. 193).

Externalidade é um termo empregado na Economia para referir aqueles efeitos, nascidos de negociações entre partes, que se projetam sobre terceiros, sejam pessoas, grupos de pessoas ou uma sociedade como um todo. Quando se fala em externalidades, analisa-se, portanto, o efeito experimentado por alguém decorrente de ação ou fato de outra pessoa (STAZJN, 2005, p. 317). Esses efeitos podem ser positivos ou negativos, a depender da conduta, daí falar-se em externalidades positivas e negativas.

No caso do uso de álcool e tabaco, por exemplo, os dois produtos estão documentadamente associados a doenças importantes, como cirrose de fígado e enfisema pulmonar, sem contar efeitos psicológicos. Aqui, a princípio, os efeitos estão ligados ao próprio indivíduo, ao consumidor. Contudo, os efeitos da prática transcendem o próprio agente.

Mesmo nesses casos, não é despropositado falar em externalidade. No Brasil, por exemplo, o uso do Sistema Único de Saúde é gratuito e universal. Logo, a ocorrência de uma doença decorrente da aludida prática pode ser tratada pelo SUS, demandando serviço público a ser custeado por toda a sociedade.

Num sentido mais estrito da noção de externalidade, no caso do tabaco, aqueles que estão próximos do fumante igualmente inalam a fumaça, o que justifica as políticas de restrição ao fumo em locais de uso coletivo. Quanto ao álcool, o seu consumo está associado a problemas sociais, incluindo acidentes e mortes no trânsito, homicídios, quedas, queimaduras, afogamentos, suicídios e redução na produtividade no trabalho (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2007).

A tributação do consumo desses produtos, na literatura, é sustentada em três justificativas diferentes: aumento de receita, desestímulo ao consumo e correção de externalidades (PAES, 2014, p. 177). Mas a incidência de maior carga tributária em forma de *sin taxes* costuma ser predominantemente justificada como forma indução do comportamento dos indivíduos o sentido de diminuir o consumo desses produtos. Assim, embora sempre exista algum efeito fiscal (arrecadatória), o objetivo primordial declarado é o cumprimento de função extrafiscal. A elevação da carga tributária refletirá no preço final de venda ao consumidor, logo a expectativa do Estado seria a de que, com o preço elevado, os indivíduos optem por não consumir ou reduzir o consumo dos produtos.

Recentemente, verifica-se a ampliação de tributação sobre aquilo que poderíamos chamar de “novos vícios”, como, por exemplo, refrigerantes, quando se atribuem a esse produto a origem de problemas de obesidade. A discussão dos *sin taxes* também vem

se ampliando para a tributação elevada da carne bovina, decorrente de alegados problemas em temas ambientais e de saúde humana (DUTRA, 2018).

Dos produtos classificados tradicionalmente como objeto dos *sin taxes*, o cigarro é um dos itens com maiores cargas tributárias no Brasil, estimando-se que ao menos 80% do preço final seja decorrente de tributos, sobretudo IPI, ICMS e PIS/Cofins (DUTRA, 2018). No Brasil, é comum a incidência seletiva desses tributos sobre produtos considerados potencialmente danosos à saúde (TORRES, 2013, p. 187). Além disso, há discussões para a criação de uma Cide-Tabacos para custear gastos da saúde pública com doenças decorrentes do tabagismo (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2017).

A preocupação com este hábito ou vício decorre, dentre outros motivos, do alto índice de morte: de acordo com a Organização Mundial de Saúde, no ano de 2013, aproximadamente 6 milhões de pessoas faleceram em decorrência do uso do tabaco (OMS, 2013). Além disso, igualmente devem ser considerados outros custos econômicos associados ao cigarro, como os de saúde pública, perda de produtividade e o absenteísmo (PAES, 2017, p. 14).

Várias medidas vêm sendo adotadas, em várias partes do mundo, para combater os deletérios efeitos do consumo do fumo, sobretudo nas últimas três décadas. Contudo, a tributação ainda permanece sendo considerada como o mecanismo mais utilizado na política de redução do hábito (PAES, 2017, p. 14).

Verifica-se, assim, que o instrumento tributário pode exercer funções variadas na política econômica de um país e, dentre elas, a indução de comportamentos. O tributo pode ser utilizado para coibir condutas consideradas negativas ou indesejadas, como ocorre atualmente na tributação sobre determinados produtos considerados nocivos aos cidadãos, comumente denominados de *sin taxes*, constituídos tradicionalmente pela tributação dos cigarros, bebidas alcoólicas e jogos de azar.

Além do elemento econômico, contudo, há também um importante aspecto moral nesse tipo de incidência tributária. Celso de Barros Correia Neto (2013, p. 87-88), por exemplo, sustenta a tese de que a neutralidade fiscal é rompida nas hipóteses dos tributos do pecado, haja vista receberem “tratamento tributário diferente, minorado ou majorado, com base em critérios que, ao fim, são pura ou predominantemente morais ou moralistas. Nessas situações, há razões morais por trás da imposição extrafiscal”. Assim, a incidência não se fundamentaria em razões de saúde pública ou de externalidades, mas na condenação moral do comportamento decorrente do vício. Esse posicionamento parece ser compartilhado por Juliana Rodrigues Ribas (2017, p. 111), que aponta como objetivo do Estado “conformar a sociedade com padrões morais determinados”. Nessa linha de raciocínio, o “pecado” torna-se objeto do tributo. Caberia ao discurso legitimador, no caso de *sin taxes*, ir além da perspectiva moral, lançando mão de argumentos de eficiência. Esses discursos sustentariam, então, que as imposições fiscais são capazes de desencorajar o consumo desse tipo de produto e, também, internalizar na relação fornecedor-consumidor os custos sociais dela decorrentes (CORREIA NETO, 2013, p. 88).

Se considerarmos, contudo, que a demanda por produtos causadores de vício é inelástica, é cabível o ceticismo quanto ao discurso legitimador da tributação extrafiscal. É o que se examinará no próximo item.

3. INELASTICIDADE DE DEMANDA E O CASO DOS CIGARROS

O comportamento de agentes econômicos, como o consumidor, a empresa e o mercado de produtos individuais, compõe o objeto de estudo da microeconomia (NUSDEO, 2013, p. 233). Nesse contexto, assume relevância o estudo dos institutos da procura, da oferta e do preço. Supõe-se que os consumidores moldarão seus desejos de obter determinado bem ou serviço ao preço encontrado no mercado (NUSDEO, 2013, p. 235). Quanto maior o preço, mais será desestimulada será a aquisição de um determinado produto e vice-versa. De outro lado, quanto maior o preço, maior o estímulo para a fabricação e para a venda, aumentando a demanda, e vice-versa. O equilíbrio se dá quando a oferta e a demanda se cruzam no preço de mercado.

Contudo, há situações inelásticas, definidas como aquelas em que a quantidade procurada reage pouco, ou não reage, às variações de preços no mercado (NUSDEO, 2013, p. 239). Desta forma, por mais que o próprio texto constitucional restrinja a publicidade, conforme se verifica no art. 220, §4º, há dificuldade de controlar o comportamento dos indivíduos. No caso dos cigarros, a publicidade já foi controlada, de forma rigorosa, pela Lei 9.294/66, como explicam Efig, Gibran e Blauth (2012, p. 386-387)

A hipótese do presente artigo é de que os cigarros se enquadram como produtos inelásticos, ou seja, a resposta dos consumidores à mudança de preço mantém baixa sensibilidade à alteração. Isso significaria que o aumento de tributos objetivando aumentar o preço para reduzir a demanda é ineficaz, descaracterizando, na prática, o tributo como extrafiscal.

Ao analisarmos os números de consumo de cigarros, verifica-se que as medidas estatais, baseadas no ferramental tributário, por meio da extrafiscalidade, não têm sido eficazes para atingir o objetivo a que se destinam, provavelmente em decorrência da inelasticidade da demanda. Em vez de reduzir o consumo, a pessoa acometida pelo vício tende a procurar alternativas, e o aumento de preços decorrente da tributação elevada acaba por estimular a venda e o consumo de produtos contrabandeados (PAES, 2017, p. 19). No ano de 2012, estima-se que o Paraguai tenha produzido 67 milhões de cigarros, dos quais 26 bilhões foram contrabandeados ao nosso país, ou seja, mais de um terço da produção.

No mesmo ano, o cigarro contrabandeado foi responsável por 17,4% do consumo do mercado brasileiro. Além disso, 10,9% do consumo está no mercado informal, que envolve a produção e a comercialização de cigarros no Brasil sem o pagamento de tributos (PAES, 2017, p. 26).

Isso significa que quase um terço do consumo em nosso mercado não sofre incidência da tributação. Essa evasão é estimulada pela própria política extrafiscal e, ao mesmo tempo, não é por ela alcançada – cigarros contrabandeados ou produzidos e vendidos no mercado informal, naturalmente, não estão sujeitos à incidência tributária, mas são, em boa medida, um efeito colateral da incidência sobre os produtos tributados.

Justamente por conta desse fato, a Receita Federal tem buscado implementar medidas de combate à produção ilegal como, por exemplo, a implantação de um sistema, denominado Scorpions, que realiza o controle da quantidade produzida (CASA DA MOEDA, 2018). Outra forma de combate foi a adoção de selos de controle para o

rastreio dos cigarros, com equipamentos de leitura de números de série (PAES, 2017, p. 27). Apesar desses esforços, é grande desafio encontrado pelos agentes fiscais, dificultado pela ausência de estrutura adequada nas fronteiras do país para evitar o contrabando, pela precarização da vigilância nas estradas e pelas penas reduzidas (PAES, 2017, p. 27). O cigarro representa 70% de todos os produtos contrabandeados para o Brasil, deixando de arrecadar a monta de 4,5 bilhões em tributos (G1, 2015). Estudos demonstram que 45% do mercado de cigarros advém de contrabando (EXAME, 2018). A situação, sob a ótica tributária, é preocupante por duas razões: deixa-se de arrecadar e a política de indução do comportamento fica neutralizada.

Franklin Liu (2018, p. 781), ao estudar o caso americano, explica que nos Estados Unidos os impostos sobre o pecado incentivam diferentes métodos de evasão fiscal, seja legalmente, por meio de compras online e compras via fronteira, seja ilegalmente, com a criação de mercados paralelos e tráfico. Como resultado, os governos não só perdem uma parte da receita fiscal do pecado, mas também gastam recursos adicionais significativos para combate à evasão.

O autor cita estudos que demonstraram o declínio inicial do uso, decorrente do imposto sobre o tabaco. Há um ponto, contudo, em que o nível de consumo não mais diminui. Isso sugere que há um segmento da população fumante cuja demanda é tão inelástica que o aumento de preço na forma de impostos sobre o tabaco não tem efeito sobre seu padrão de consumo nesse item específico (LIU, 2018, p. 786).

Logo, na análise prática dos cigarros, ou haverá migração para produtos de menor valor, que em geral são contrabandeados, ou o preço maior será internalizado pelo consumidor, que então abrirá mão do consumo de outros itens.

Outro ponto importante está na baixa qualidade dos produtos contrabandeados, situação esta que se correlaciona às externalidades negativas. No caso dos cigarros, há um rigoroso controle realizado pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária – Anvisa, quanto à fabricação, publicidade, registro e embalagens dos produtos legais. O mesmo não se pode dizer dos cigarros contrabandeados:

Mais de 80% apresentam algum contaminante – gramíneas, fungos, ácaros e insetos [...] 65% das marcas de cigarros contrabandeados possuem elevadas concentrações de elementos químicos como níquel, cádmio, cromo e chumbo, e quase metade apresentam o dobro da concentração média de arsênio encontrado em cigarros legais. (INSTITUTO DE DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO E SOCIAL DE FRONTEIRAS, 2016)

Portanto, não suficientes as desvantagens já citadas, o aumento no consumo de produtos ilegais poderá agravar ainda mais a saúde dos usuários, em claro efeito reverso da medida extrafiscal. Isso, comumente, é chamado “efeito Peltzman”, em alusão a Sam Peltzman. Esse autor, em estudo pioneiro acerca da regulação na segurança automobilística nos Estados Unidos, sustentou que a intervenção estatal, mediante normas protetoras, não foi capaz de modificar o número de acidentes nas rodovias americanas. O economista, instado pelo fato de mortes resultantes de acidentes de trânsito figurarem entre as 10 maiores causas de óbito e aproximadamente metade das mortes acidentais, buscou verificar de forma mais aprofundada a questão (PELTZMAN, 1975, p. 677).

Seu estudo constatou que a regulação, por um lado, pode reduzir o risco de morte, se compararmos o cenário com um ambiente sem intervenção. Isso decorre do incremento de utensílios de segurança nos carros, desde freio ABS, a utilização de *airbags* ou até mesmo a obrigatoriedade do uso do cinto de segurança com três pontos. Por outro lado, todavia, o aumento da sensação de segurança induz o comportamento dos motoristas a aceitarem maiores riscos. Em outros termos, a tecnologia promoveu um significativo avanço na proteção dos indivíduos, mas essa maior segurança desencadeou um efeito indesejado: fez com que os agentes estivessem mais propensos a assumir riscos, colocando em perigo a sua própria vida e a vida de terceiros (PELTZMAN, 1975, p. 717).⁵

Com amparo em algumas evidências, chegou a uma conclusão ainda mais impactante: a regulação pode ter contribuído para o aumento de número de mortes por acidente. Consequentemente, o autor defende ser precipitada, ou mesmo ingênua, a suposição prévia de que medidas protetivas certamente ocasionam um incremento na segurança das pessoas (PELTZMAN, 1975, p. 717-718). Peltzman abriu o caminho, fundado em dados estatísticos, para evidenciar que a intervenção estatal pode não proporcionar o benefício esperado, pois gera efeitos diversos, nem sempre previsíveis ou controláveis, sobre o comportamento dos envolvidos, que podem agir de forma contrária à pretendida (SHIKIDA, 2016, p. 36).

No caso dos *sin taxes*, a inelasticidade da demanda pode implicar efeito reverso: a política, destinada a melhorar a saúde pública, pode acabar por piorá-la, ao induzir a venda e o consumo de produtos qualidade inferior que escapam tanto da tributação quanto da fiscalização sanitária. Muitos consumidores não são capazes de deixar seus vícios. Migram, então, para produtos de menor valor, inclusive os ilegais.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao longo das últimas décadas os governos têm tomado medidas a fim de combater atos considerados como nocivos para a saúde dos cidadãos, no Brasil e em várias partes do mundo. Algumas dessas medidas são de natureza tributária, consubstanciadas no aumento do preço do produto pelo aumento da tributação, sob a pretensão de que o aumento do preço inibiria o consumo. É a chamada de *sin taxation*, que aqui estamos chamando de tributação do vício para evitar a conotação religiosa ou moral da noção de pecado.

Na pretensão governamental, as alíquotas elevadas desestimulariam o consumo, reduziriam as externalidades e, a depender dos efeitos ambíguos da medida, também poderiam gerar elevação na arrecadação tributária. Essa ideia está baseada em um consenso geral de que os *Sin Taxes* seriam um mecanismo eficiente para obtenção desses propósitos, sejam fiscais, sejam extrafiscais – ou, eventualmente, ambos.

Contudo, por não conseguir induzir o comportamento suficientemente, já que o vício pode ser mais forte que o peso econômico, essas medidas podem acabar por proporcionar efeitos reversos: não induzem o comportamento pretendido com aumento dos índices relativos à saúde pública, por estimularem a venda e consumo de

⁵ PELTZMAN, Sam. “The Effects of Automobile Safety Regulation”. *Journal of Political Economy*, v. 83, n. 4, 1975, p. 677-725. Disponível em: <www.jstor.org/stable/1830396>. Acesso em: 09 jan. 2018. p. 717.

produtos ilegais e de qualidade mais baixa. E, se não induzem, também implicam perda de arrecadação, já que produtos contrabandeados não se sujeitam à incidência.

Por fim, há que se mencionar que o mal dimensionamento do ônus fiscal, culmina por favorecer em um tratamento desigual a contribuintes. Aqueles com maior poder econômico têm condições de internalizar a elevação do preço e continuar consumindo. Já o indivíduo com menor renda, terá que refazer suas escolhas, em geral consumindo produtos de menor qualidade ou substituindo itens de consumo, deixando de praticar certos comportamentos econômicos para sustentar o vício.

REFERÊNCIAS

ADAMY, Pedro. **Instrumentalização do direito tributário**. In: ÁVILA, Humberto. (Org.). **Fundamentos do direito tributário**. Madrid: Marcial Pons, 2012, p. 301-329.

ÁVILA, Humberto. **Sistema constitucional tributário**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BECKER, Alfredo Augusto. **Teoria geral do direito tributário**. 5. ed. São Paulo: Noeses, 2010.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Audiência analisa projetos que aumentam impostos sobre cigarros para custear gastos com saúde pública**. Brasília, 4 dez. 2017. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/SAUDE/550175-AUDIENCIA-ANALISA-PROJETOS-QUE-AUMENTAM-IMPOSTOS-SOBRE-CIGARROS-PARA-CUSTEAR-GASTOS-COM-SAUDE-PUBLICA.html>>. Acesso em 18 jul. 2018.

_____. **Especialistas defendem aumento de tributos sobre bebidas açucaradas**. Brasília, 31 out. 2017. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/SAUDE/547446-ESPECIALISTAS-DEFENDEM-AUMENTO-DE-TRIBUTOS-SOBRE-BEBIDAS-ACUCARADAS.html>>. Acesso em 18 jul. 2018.

CASA DA MOEDA. **Sobre o scorpis**. Disponível em: <<http://www.casamoeda.gov.br/scorpis/>>. Acesso em 23 jul. 2018.

CORREIA NETO, Celso de Barros. **O avesso do tributo: incentivos e renúncias fiscais no direito brasileiro**. 2013. Tese (Doutorado em Direito Econômico e Financeiro) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013. doi:10.11606/T.2.2013.tde-15082013-084732. Acesso em: 18 jul. 2018.

DUTRA, Carlos. **Carne bovina entra na mira dos “Impostos sobre o pecado”**. São Paulo, 8 mai. 2018. Disponível em: <<https://www.dinheirorural.com.br/carne-bovina-entra-na-mira-dos-impostos-sobre-o-pecado/>>. Acesso em 18 jul. 2018.

EFING, Antônio Carlos; GIBRAN, Fernanda Mara; BLAUTH, Flávia Noemberg Lazzari. O regime jurídico e a força obrigacional da publicidade sob a ótica constitucional. **Pensar**, Fortaleza, v. 17, n. 2, p. 371-397, jul./dez. 2012.

ERIKSEN, M., MACKAY, J., ROSS, H. **The tobacco atlas**. 4th ed. American Cancer Society and World Lung Foundation. New York, NY, 2012. Disponível em: <<https://goo.gl/gSHAzW>>. Acesso em: 15 jun. 2018.

ESTARES, Daniel Yacolca. La evolución de función extrafiscal de los tributos. **Nomos (Fortaleza)**, v. 36.1, p. 389-398, 2016.

FOLLONI, André. Direitos fundamentais, dignidade e sustentabilidade no constitucionalismo contemporâneo: e o Direito tributário com isso? In: ÁVILA, Humberto (Org.). **Fundamentos do direito tributário**. São Paulo: Marcial Pons, 2012.

_____. Isonomia na tributação extrafiscal. **Revista Direito GV**, [S.l.], v. 10, n. 1, p. 201-220, jan. 2014. ISSN 2317-6172. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/view/43565/42282>>. Acesso em: 18 jul. 2018.

GONÇALVES, Oksandro; RAMOS, José Maria. Crises econômicas e os arranjos na burocracia da administração pública brasileira. **Pensar**. Fortaleza, v. 22, n. 1, p. 272-300, jan./abr. 2017

G1. **Cigarro é item mais contrabandeado no Brasil, aponta pesquisa**. Rio de Janeiro, 3 mar. 2015. Disponível em: <<http://g1.globo.com/bom-dia-brasil/noticia/2015/03/cigarro-e-item-mais-contrabandeado-no-brasil-aponta-pesquisa.html>>. Acesso em: 18 jul. 2018.

INSTITUTO DE DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO E SOCIAL DE FRONTEIRAS. **Crise atinge fronteiras e aumenta o contrabando de cigarro**. Foz do Iguaçu, 29. nov. 2016. Disponível em: <<http://www.idesf.org.br/2016/11/29/crise-atinge-fronteiras-e-aumenta-o-contrabando-de-cigarro/>>. Acesso em: 18 jul. 2018.

LEÃO, Martha Toribio. **Controle da extrafiscalidade**. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2015.

LIU, Franklin. **Sin taxes: Have governments gone too far in their efforts to monetize morality?**, 59 B.C.L. Rev. 763. Boston College Law Review: Newton, Massachusetts, 2018, p. 763-789. Disponível em: <<http://lawdigitalcommons.bc.edu/bclr/vol59/iss2/7>>. Acesso em: 18 Jul. 2018.

MATTOON, Richard H.; WETMORE, Sarah. **Sin taxes: the sobering fiscal reality**. Chicago Fed Letter, Federal Reserve Bank of Chicago, 2015.

MINISTÉRIO DA SAÚDE. **I Levantamento Nacional sobre os padrões de consumo de álcool na população brasileira**. Elaboração, redação e organização: Ronaldo Laranjeira ..[et al.] ; Revisão técnica científica: Paulina do Carmo Arruda Vieira Duarte. Brasília : Secretaria Nacional Antidrogas, 2007.

MENDONÇA, Maria Lírida Calou de Araújo e; ALMEIDA, Saulo Nunes de Carvalho. A extrafiscalidade tributária como mecanismo de concretização do direito fundamental à educação. **Pensar**, Fortaleza, v. 16, n. 2, p. 678-704, jul./dez. 2011.

MONTEIRO, Maristela G. **O que você precisa saber sobre a política de controle do álcool**. Brasília: OPAS/Secretaria Nacional Antidrogas; 2005.

O ESTADO DE SÃO PAULO. **Ministério da Saúde vai propor aumento de impostos para refrigerantes e sucos com açúcar**. São Paulo, 13 set. 2017. Disponível em: <<https://saude.estadao.com.br/noticias/geral,ministerio-da-saude-vai-propor-aumento-de-impostos-para-refrigerantes-e-sucos-com-acucar,70001994159>>. Acesso em 18 jul. 2018.

OMS – ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. **Mortality attributable to tobacco**. Genebra: OMS, 2013. Disponível em: <<https://goo.gl/DcNlqh>>. Acesso em: 23 jun. 2018.

PAES. Nelson Leitão. Uma análise ampla da tributação de cigarros no Brasil. **Revista Planejamento e Políticas Públicas**, n. 48, p. 13-31, jan./jun. 2017. ISSN: 01034138. Disponível em: <<http://www.ipea.gov.br/ppp/index.php/PPP/article/view/566/426>>. Acesso em: 18 Jul. 2018.

PELTZMAN, Sam. "The effects of automobile safety regulation". **Journal of political economy**, v. 83, n. 4, 1975, p. 677-725. Disponível em: <www.jstor.org/stable/1830396>. Acesso em: 09 jan. 2018.

PORTES, Leonardo Henriques; MACHADO, Cristiani Vieira; TURCI, Silvana Rubano Barretto. **Trajetória da política de controle do tabaco no Brasil de 1986 a 2016**. Cad. Saúde Pública [online]. 2018, vol.34, n.2, e00017317. Epub 19 Fev. 2018. ISSN 1678-4464. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1590/0102-311x00017317>>. Acesso em: 18 Jul. 2018.

REVISTA ÉPOCA NEGÓCIOS. **Os 10 produtos com mais imposto no Brasil**. Rio de Janeiro, 19 abr. 2017. Disponível em: <<https://epocanegocios.globo.com/Dinheiro/noticia/2017/04/os-10-produtos-com-mais-imposto-no-brasil.html>>. Acesso em: 18 jul. 2018.

REVISTA EXAME. **Marca líder de cigarro no Brasil é o contrabando, diz presidente da ETCO**. São Paulo, 24 mai. 2018. Disponível em: <<https://exame.abril.com.br/economia/a-marca-lider-no-brasil-e-o-contrabando-diz-presidente-da-etco/>>. Acesso em: 18 jul. 2018.

RHEAUME, Devin A. **A growing sin-dustry: The history and effects of cigarette excise taxation and regulation in the United States**. Honors Theses and Capstones, 263. University of New Hampshire: Durham, New Hampshire, 2015, p. 1-53. Disponível em: <<http://scholars.unh.edu/honors/263>>. Acesso em: 18 jul. 2018.

RIBAS, Juliana Rodrigues. Os impostos do pecado e a ilusão fiscal. **Revista de Direitos Fundamentais e Tributação**, [S.l.], v. 1, n. 1, p. 106-123, ago. 2017. ISSN 2594-858X. Disponível em: <<http://www.rdft.com.br/index.php/revista-01/article/view/10>>. Acesso em: 18 jul. 2018.

RODRIGUES, Hugo Thamir; KUNTZ, Tatiele Gisch . Políticas Públicas Tributárias: A justiça fiscal como instrumento de auxílio na viabilização da justiça social. **Nomos (Fortaleza)**, v. 38, p. 151-170, 2018.

SCHOUERI, Luís Eduardo. **Direito tributário**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

_____. **Normas tributárias indutoras e intervenção econômica**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

SEGUNDO, Hugo de Brito Machado. Multas tributárias, proporcionalidade e confisco. **Nomos (Fortaleza)**, v. 32.1, p. 63-76, 2012.

SHIKIDA, Cláudio Djissey. **Efeito peltzman**. In: RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; DOMINGUES, Victor Hugo; KLEIN, Vinicius. (Org.). **Análise econômica do direito: justiça e desenvolvimento**. Curitiba: CRV, 2016. p. 35-40.

SZTAJN, Raquel. Externalidades e custos de transação: a redistribuição de direitos no Código Civil de 2002. In: **Fundamentos do Estado de Direito: estudos em homenagem ao professor Almiro do Couto e Silva**. ÁVILA, Humberto (org). São Paulo: Malheiros, 2005. p.317-354.

TORRES, Ricardo Lobo. **A ideia de liberdade no estado patrimonial e no estado fiscal**. Rio de Janeiro: Renovar, 1991.

_____. **Curso de direito financeiro e tributário**. 19. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2013.



DOCTRINA ESTRANGEIRA



EL DEBIDO PROCESO TRIBUTARIO Y OTRAS FORMAS DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS COMO EL ARBITRAJE

Daniel Irwin Yacolca Estares¹

RESUMEN

El presente artículo desarrolla los aspectos más relevantes del debido proceso tributario, con la finalidad de resaltar su importancia en la solución de conflictos o incertidumbres en materia tributaria que se generan en la sociedad, dada la complejidad del sistema tributario y de los tributarios. Actualmente es necesario que se utilice otros medios de resolución de conflicto como el arbitraje tributario.

ETIQUETAS: debido proceso tributario, estado de derecho, competencia tributaria, ciclo del proceso tributario, arbitraje tributario.

THE CONTRIBUTION OF THE EU - MERCOSUR AGREEMENT TO INTERNATIONAL ENVIRONMENTAL GOVERNANCE

ABSTRACT

This article develops the most relevant aspects of the due tax process, in order to highlight its importance in the resolution of conflicts or uncertainties in tax matters that are generated in society, given the complexity of the tax system and the tributaries. Currently it is necessary to use other means of conflict resolution such as tax arbitration.

TAGS: tax due process, rule of law, tax jurisdiction, tax process cycle, tax arbitration.

1. ORIGEN DEL DEBIDO PROCESO

El debido proceso tiene su origen en el due process of law anglosajón, que se descompone en: el debido proceso sustantivo, que protege a los ciudadanos de las leyes contrarias a los derechos fundamentales y, en el debido proceso adjetivo, que está referido a las garantías procesales que aseguran los derechos fundamentales². Para su efectividad no es suficiente utilizar los procedimientos administrativos y procesos judiciales sino también otros medios de resolución de conflictos como el arbitraje, la transacción, la conciliación y los acuerdos conclusivos.

2. EL DEBIDO PROCESO COMO DERECHO FUNDAMENTAL Y COMO PRINCIPIO Y DERECHO

La incorporación del debido proceso al constitucionalismo Latinoamericano ha matizado sus raíces, señalando que el debido proceso sustantivo se refiere a la

¹ Doctor y docente en derecho tributario de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.

² NOWAK, John y ROTUNDA, Ronald, Constitutional law, St. Paul, Minn., 1995, pp. 380-451. Vid. HART ELY, John, On constitutional ground, Princeton University Press, New Jersey, 1996 pp. 311 y ss.

necesidad de que las sentencias sean valiosas en sí mismas, esto es, que sean razonables; mientras que el debido proceso adjetivo alude al cumplimiento de ciertos recaudos formales, de trámite y de procedimiento, para llegar a una solución judicial mediante la sentencia^{3,4}.

El debido proceso nace sustentado como principio y derecho dentro del marco de un Estado Constitucional y Social de Derecho. Esta doble naturaleza, como lo precisa JAVIER Coripuna⁵, por un lado, se expresa al debido proceso como un principio constitucional que orienta la función jurisdiccional y, por otro, se constituye al debido proceso como un derecho fundamental del ciudadano. Así el debido proceso como principio inspira el ordenamiento jurídico peruano y exige que todos los poderes públicos, en especial los jueces, así como los ciudadanos en general, coadyuven en la consecución de un proceso, con el propósito de que se desarrolle con todas las garantías procesales de los justiciables contenidos en la Constitución Política.

En esa línea, el debido proceso como derecho, consiste en garantías del contribuyente, como las que se describen a continuación:

- Al libre acceso a las instancias administrativas y tribunales de justicia.
- A un juez competente, independiente e imparcial.
- A la defensa.
- A la prueba.
- A la motivación.
- A la pluralidad de instancias administrativas y judiciales.
- A un plazo razonable del procedimiento y/o proceso tributario.
- A la resolución fundada en derecho.
- A ser oído.
- A no declarar contra sí mismo.
- Al cumplimiento de las resoluciones en el plazo señalado por ley o, a falta de dicho plazo, en el menor tiempo posible.

³ PEDRO SAGÜÉS Néstor, Elementos de derecho constitucional, tomo 2, Astrea, Buenos Aires, 1993, pp. 328 y ss.

⁴ LANDA, Cesar, “El derecho fundamental al debido proceso y a la tutela jurisdiccional”, En: Pensamiento Constitucional, Año VIII N° 8, Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial, Lima, 2002, Páginas: 445-461

⁵ CORIPUNA, Javier Adrián. Los principios y derechos del debido proceso en algunos casos de amparo en materia constitucional tributaria. Jurisprudencia y Doctrina Constitucional Tributaria, Gaceta Jurídica, Lima, 2006, primera edición. Páginas 335 y 336.

Por su parte, Cesar Landa⁶, menciona que la doctrina y la jurisprudencia nacionales han convenido en que el debido proceso es un derecho fundamental de toda persona -peruana o extranjera, natural o jurídica- y no sólo un principio o derecho de quienes ejercen la función jurisdiccional. En esa medida, el debido proceso comparte el doble carácter de los derechos fundamentales: es un derecho subjetivo y particular exigible por una persona y, es un derecho objetivo en tanto asume una dimensión institucional a ser respetado por todos, debido a que lleva implícito los fines sociales y colectivos de justicia⁷.

En ese entendido, el debido proceso en tanto derecho fundamental con un doble carácter es oponible a todos los poderes del Estado e incluso a las personas jurídicas. Por ello, el debido proceso de origen estrictamente judicial se ha ido extendiendo pacíficamente como debido procedimiento administrativo ante las entidades estatales -civiles y militares- y el debido proceso parlamentario ante las cámaras legislativas, así como, el debido proceso inter privados aplicable al interior de las instituciones privadas⁸.

Por ende, el debido proceso encierra en sí un conjunto de garantías constitucionales que se pueden perfilar a través de identificar las cuatro etapas esenciales de un proceso:

- Acusación.
- Defensa.
- Prueba.
- Sentencia.

Estas etapas, que se traducen en otros tantos derechos, como anteriormente nos referimos⁹, se desarrollan en las ramas del derecho: procesal penal, procedimiento administrativo sancionador como lo precisa Jorge Bravo¹⁰, proceso civil, etc. Por tanto, el debido procedimiento constituye plenamente aplicable a los procedimientos tributarios, como lo menciona acertadamente Cesar Gamba.¹¹ Del mismo modo, se debe considerar otros mecanismos de solución de controversias como el arbitraje, la

⁶ LANDA, Cesar, “El derecho fundamental al debido proceso y a la tutela jurisdiccional”, En: Pensamiento Constitucional, Año VIII N° 8, Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial, Lima, 2002, Páginas: 445-461

⁷ BUSTAMANTE, Reynaldo, Derechos fundamentales y proceso justo, Lima, 2001, pp. 236 ss.; asimismo, revisar el documento de la CAJ elaborado por HUERTA, Luis con la colaboración de AGUILAR, Enrique, El debido proceso en las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (análisis del artículo 8° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), en www.cajpe.org.pe.

⁸ SAENZ, Luis, La tutela del derecho al debido proceso en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. en Revista Peruana de Derecho Constitucional N° 1, Lima, 1999, pp 483-564.

⁹ FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, La configuración jurisprudencial del derecho a la jurisdicción, en RGD, N° 600, Valencia, 1994, pp. 9257-9284.

¹⁰ BRAVO CUCCI, Jorge. Algunas meditaciones sobre la potestad sancionadora del estado en materia administrativa. Jurisprudencia y Doctrina Constitucional Tributaria, Gaceta Jurídica, Lima, 2006, primera edición. Página 299.

¹¹ GAMBA VALEGA, Cesar. El debido procedimiento administrativo en el ámbito tributario. Jurisprudencia y Doctrina Constitucional Tributaria, Gaceta Jurídica, Lima, 2006, primera edición. Página 311.

conciliación, la transacción, porque dentro de dichos mecanismos se debe respetar el debido proceso de la misma manera y con la misma intensidad constitucional.

3. FINALIDAD DEL DEBIDO PROCESO FRENTE A LOS CONFLICTOS O INCERTIDUMBRES

El debido proceso sirve para resolver los conflictos o incertidumbres que se generan en la sociedad. Planteado un litigio en el medio social (por ejemplo en el ámbito de los gobiernos locales, regional o nacional, en materia administrativa), necesariamente debe resolverse a efectos de evitar violencia, incertidumbre y anarquía, tal como sostiene Carlos María Folco.¹² Históricamente, existían diversos medios para resolver litigios, dentro de los cuales podemos mencionar los siguientes: La autodefensa, referido a la defensa de uno mismo, mediante el uso de la fuerza material, que fue criticada por Calamandrei¹³, quien afirmó que sería la victoria de la prepotencia sobre la justicia. La autocomposición como aquella mediante la cual las partes dan solución el conflicto, por medio de la renuncia, transacción o conciliación. El último que citaremos y que tiene que ver con el tema que estamos tratando. Es decir, el proceso, mediante el cual se arriba a la solución de un conflicto con la intervención de un tercero independiente e imparcial, que es un órgano del Estado, con la finalidad de mantener la igualdad entre las partes y arribar a la solución de la controversia aplicando la ley al caso concreto.

4. EL ÍTER DEL DEBIDO PROCESO TRIBUTARIO

En nuestro país, existe una primera etapa denominado procedimiento tributario, que se inicia por el contribuyente (por ejemplo: procedimiento no contencioso y/o contencioso tributario) o por la administración (por ejemplo: procedimiento de fiscalización y procedimiento de cobranza coactiva) y culmina con el agotamiento de la vía administrativa en la instancia del Tribunal Fiscal. Luego continúa una etapa denominada proceso tributario, que se desarrolla en la vía judicial, dentro del proceso contencioso administrativo. En dichos cauces administrativo y judicial, el contribuyente tiene el derecho a exigir al Estado que el debido procedimiento (en vía administrativa) o proceso (en vía judicial) se respete con las garantías establecidas, que se han señalado anteriormente.

5. PRESUNCIÓN DE LEGALIDAD DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS DENTRO DEL PROCEDIMIENTO Y PROCESO TRIBUTARIO

Los procedimientos y procesos encierran dentro de sus cauces actos administrativos tributarios. Dichos actos, como cualquier otro acto administrativo, gozan de una presunción de legalidad, por lo que son generalmente ejecutorios, es decir, de inmediato cumplimiento. Esta presunción de legalidad es *iuris tantum*, lo que posibilita que puedan ser objeto de revisión. La referida presunción de legalidad puede

¹² FOLCO, Carlos María. Procedimiento tributario. Naturaleza y estructura. Bublinzal – Culzoni Editores. 2004, página. 29 y 30.

¹³ CALAMANDREI, Piero. Instituciones de Derecho Procesal Civil, Buenos Aires, 1943, página. 144.

destruirse de oficio por la Administración o previa interposición de los oportunos recursos por los administrados, dentro del íter tributario¹⁴.

6. DIFERENCIA ENTRE PROCESO Y PROCEDIMIENTO

La diferencia entre proceso y procedimiento es un tema controvertido. Se entiende al proceso como el conjunto de actos recíprocamente coordinados entre sí, conforme a reglas preestablecidas, que tiene por fin decidir una controversia entre partes (litigio), por una autoridad imparcial e independiente (juez) y con fuerza legal (cosa juzgada)¹⁵. El proceso disciplina el ejercicio de la función jurisdiccional y tiene por finalidad decir el Derecho (ius dicere) y decirlo con fuerza de verdad definitiva, mediante la cosa juzgada.¹⁶ Mientras que, al referirnos al procedimiento, este viene a ser el conjunto de actos desarrollados en sede administrativa, con la finalidad de promover el dictado de un acto administrativo. La inmutabilidad del acto administrativo sólo es de carácter formal, por cuanto el mismo está sujeto a revisión administrativa por el superior jerárquico y aún ulterior examen jurisdiccional.¹⁷ El principio del debido procedimiento, consiste en la aplicación en sede administrativa de una regla esencial de convivencia en un Estado de Derecho: el debido proceso.¹⁸

El debido proceso tributario, entendido desde una perspectiva más detallada se puede entender como procedimiento y proceso tributario, que contiene principios fundamentales para su correcto desarrollo, con la finalidad de garantizar un debido procedimiento o proceso, buscando un equilibrio entre la Administración y el administrado cuando necesiten solucionar una incertidumbre o conflicto. La senda donde se recorre puede ser administrativa, judicial o utilizar otros medios de resolución de conflictos como es arbitraje, puesto que dada la magnitud del crecimiento de los conflictos el plazo razonable en resolverlos implica usar todas las formas de resolución de conflictos según las especializaciones que se presentan en un mundo más complejo. El uso del avance de la ciencia y la tecnología nos ayuda a que se puede ingresar a los denominados procesos electrónicos.

7. PRINCIPIOS FUNDAMENTALES DEL PROCESO TRIBUTARIO

Los principios fundamentales del proceso tributario, viene a constituir el cimiento en el cual se construye los pilares de derecho y garantías del debido proceso tributario, sin el cual se destruye su finalidad. Estos principios fueron estudiados por Ramírez Cardona, de un modo prolijo, y que se muestra en el siguiente esquema:

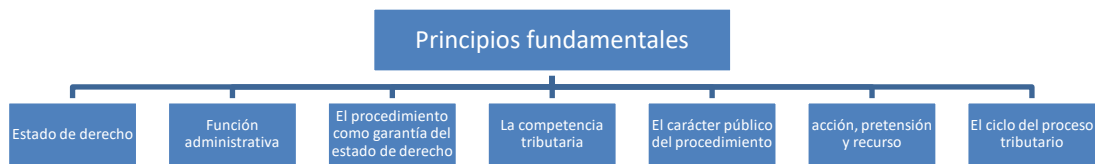
¹⁴ MENDEZ MORENO, Alejandro, Derecho Financiero y Tributario, Parte general, Lecciones de cátedra, 4ta, edición, Editorial Lex Nova, 2003, Valladolid, p. 389.

¹⁵ PALACIO, Lino. Manuel de Derecho Procesal Civil. 4ta. Edición, Buenos Aires, 1973, páginas. 57 y ss.

¹⁶ REAL, Alberto. La regulación del procedimiento administrativo en el Uruguay. Plus Ultra, Buenos Aires, 1975, página. 150.

¹⁷ FOLCO, Carlos María. Procedimiento tributario. Naturaleza y estructura. Bublinzal – Culzoni Editores. 2004, páginas. 30 y 34.

¹⁸ MORON URBINA, Juan Carlos, Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General, Novena edición, 2011, página 63.



El estado de derecho, la función pública, el procedimiento como garantía del estado de derecho, la competencia tributaria, el carácter público del procedimiento, la acción, pretensión y recurso y el ciclo del proceso tributario, son principios fundamentales del proceso tributario, que garantizan la correcta aplicación del debido proceso tributario en la realidad concreta.

A continuación, pasaremos a desarrollar los contenidos de cada uno de los principios fundamentales del proceso tributario:

7.1 El Estado de derecho

Nuestra calidad de ciudadanos dentro de un Estado de Derecho nos permite exigir al Estado las garantías para contar con una sociedad civilizada en la cual nos podamos desarrollar. Para que esto sea posible, debemos cumplir con los deberes intrínsecos a dichos derechos. Uno de ellos es el deber de contribuir a los gastos públicos mediante el pago de los tributos. Así la tributación tiene como función principal proveer recursos financieros para la subsistencia del Estado¹⁹ y, justamente por esa importancia, afecta dramáticamente la vida de los ciudadanos, dentro de un sistema normativo tributario²⁰. El derecho tributario por tanto es un derecho de intervención, como lo es el derecho penal. Por ello, se exige la máxima rigurosidad normativa y aplicativa, considerando el derecho de defensa de los contribuyentes para equilibrar la referida intervención del Estado, dentro de un debido proceso.

En una definición más compleja el Estado de Derecho es "Aquel Estado dentro del cual se presenta una situación en la que su poder y actividad se encuentran reguladas y controladas por el derecho; donde la esfera de derechos individuales es respetada gracias a la existencia de un sistema de frenos y contrapesos que permite un

¹⁹ CARVALHO, Cristiano. "El Análisis Económico del Derecho Tributario". Colección de Derecho Tributario Moderno. Directores YACOLCA, Daniel y BRAVO, Jorge. Editorial Grijley, IUSTITIA, Academia Internacional de Derecho Tributario. 2011, página 25.

²⁰ "La ciencia del derecho tributario analiza el sistema normativo tributario, formula sus principios e instituciones y enuncia los elementos axiológicos (...)." DAMARCO, Jorge Héctor. "Tratado de Tributación. Derecho Tributario". T. I. Vol. 1 Astrea. Buenos Aires. 2003, 53 - 54. Ver YACOLCA ESTARES, Daniel. "Manual de Procedimientos y Procesos Tributarios. Aproximación al derecho procesal y procedimental tributario." Ara Editores, 2007. página 36.

adecuado ejercicio del poder público”.²¹ Así, se concibe al Estado de Derecho como un estado de seguridad.

En el estudio del derecho público, político o constitucional moderno, se ha hecho tradicional y obligado ubicar la materia del análisis correspondiente, dentro de la estructura del “Estado de derecho”. El Estado de derecho, como bien precisa Ramírez Cardona, aparece definido por los más modernos autores como el imperio de la ley y de la Constitución, la limitación jurídica del poder, su división, su responsabilidad y la protección de los derechos políticos y sociales del hombre dentro de una forma democrática de gobierno. Dice Carlos S. Fayt, en su Derecho político, que se llama Estado de derecho “a la forma política moralmente determinada por el principio del imperio de la ley”. La vigencia real o formal de las normas jurídicas, agrega, determina un Estado de derecho real o formal; y según represente un régimen liberal o social, será un Estado de derecho social o liberal.

En ese contexto, el imperio de la Constitución (Política o como norma jurídica) y de la ley²², encierra tres aspectos fundamentales:

A. La división de las ramas del poder político

La división del poder político es vital para que el Estado pueda encontrarse sometido y responsabilizado por el derecho, ya que sus actos no tienen una entidad independiente que los juzgue y exija su restablecimiento si es violado, y el derecho mismo sería creado solo para la sociedad y no también para los gobernantes. Por su parte, el Estado peruano descansa sobre tres poderes fundamentales: el poder legislativo, el poder ejecutivo y el poder judicial, al igual que la mayoría de los estados del mundo, estructurados dentro de un Estado de Derecho.

B. La democracia como forma de autodeterminación del pueblo

Adicionalmente a la existencia de la división de las ramas del poder, es necesario la democracia para garantizar el Estado de derecho, en cuanto su efectividad y su correspondencia con la realidad histórica y social.

C. La garantía de la libertad y la justicia

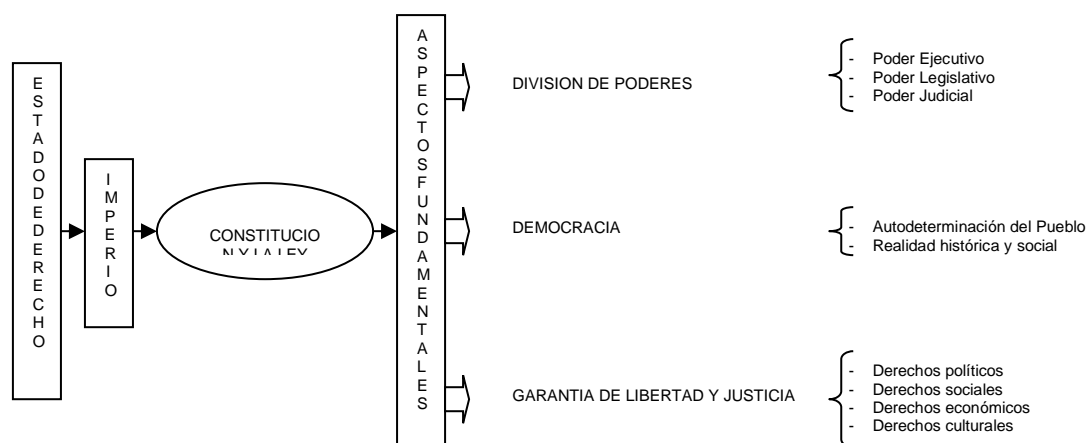
²¹ MARTÍNEZ PICHARDO, José y MARTÍNEZ QUIJADA, Luis Octavio. “Introducción al Estudio del Derecho” Capítulo 6. Porrúa, 2007.

²² El Derecho peruano es un conjunto de normas jurídicas, se basa en el respeto del principio de legalidad. La fuente principal de Derecho peruano es la ley. Últimamente se ve influenciado por el derecho anglosajón con el control difuso.

El Estado de derecho fundado únicamente en la división del poder político, se queda con el solo mecanismo formal del imperio de la ley; y la autodeterminación del pueblo como forma de gobierno, le puede dar una mayor consistencia, en cuanto lo acerca más a la realidad social e histórica, pero no alcanza el verdadero Estado de derecho si esa efectividad no consiste en una garantía de la libertad y de la justicia: de los derechos políticos, sociales, económicos y culturales del hombre.²³

En el siguiente esquema podemos resumir la composición de un Estado de derecho, como un principio fundamental del proceso tributario:

ESQUEMA DEL ESTADO DE DERECHO



7.2 La función administrativa

Sobre el particular, Ramírez nos precisa que el ejercicio del poder por los gobernantes se manifiesta en las tres funciones en que ese mismo poder se divide: la legislativa, la ejecutiva o administrativa y la jurisdiccional.

A. La función legislativa

Esta función es muy importante porque tiene por objeto la creación del derecho objetivo, que hace realidad la construcción de todo el sistema jurídico, como pieza vital del un estado de derecho.

B. La función jurisdiccional

²³ RAMIREZ CARDONA, Alejandro, El proceso tributario, segunda edición, Editorial Temis Bogotá, 1967, páginas 1 y 2.

La función jurisdiccional es la que decide sobre la violación del derecho, comprueba su existencia o su extinción y promueve su aplicación eficaz.

C. La función administrativa o ejecutiva

Según la definición que hace Sarria: “Consiste en que el Estado realice actos jurídicos subjetivos, o sea, manifestaciones del poder conforme al derecho objetivo, que den origen a una situación de derecho individual, o que permitan la aplicación de una situación de derecho objetivo”.

Asimismo, la actuación administrativa se desarrolla por actos, hechos y operaciones administrativas,²⁴ expresadas por la Administración Pública, dentro de la cual se encuentra las actuaciones administrativas de las Administraciones Tributarias, conforme a la constitución, las leyes, los reglamentos y las disposiciones de menor jerarquía que se emitan. Dentro de dichas actuaciones están inmersos los procedimientos administrativos que son iniciados por los funcionarios avalados, no por un interés propio, sino un interés general, y los que son accionados por los ciudadanos, en defensa y/o vigencia de sus derechos. En el ámbito tributario, se cuenta con procedimientos que se inician por el contribuyente o tercero, como por ejemplo el procedimiento no contencioso vinculado o no vinculado a la obligación tributaria, el procedimiento contencioso tributario, el procedimiento de queja, el procedimiento de consulta. También se cuenta con procedimientos iniciados por la Administración Tributaria, como por ejemplo el procedimiento de fiscalización o inspección, el procedimiento de cobranza coactiva, el procedimiento sancionador tributario, el procedimiento de nulidad de oficio.

7.3 El procedimiento tributario como garantía del Estado de Derecho

El principio de la legalidad de los actos administrativos encuentra uno de sus elementos previos fundamentales en el procedimiento regular²⁵. Por constituir un elemento esencial dentro de la estructura del Estado de derecho, la propia Carta Magna

²⁴ RAMIREZ CARDONA, Alejandro, Op Cit. página 7.

²⁵ Citamos un ejemplo de procedimiento regular, en el cual la Administración Tributaria cumplió con lo establecido en las normas procedimentales, mientras que el contribuyente erróneamente consideró la supuesta existencia de resolución ficta en 30 días, correspondiendo 6 meses, dado que la exoneración del impuesto a la renta está relacionada a la determinación de la obligación tributaria: EXP. N.º 2496-2003-AA/TC, SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL de fecha 02 de julio de 2004.

“El objeto de la presente demanda es que se declaren inaplicables la Resolución de Intendencia N.º 0690400007/SUNAT, de fecha 16 de abril de 2002, y la Resolución Coactiva N.º 06307019930, de fecha 6 de febrero 2002; y, consecuentemente, se disponga la vigencia de la Resolución de Intendencia N.º 063050006166, que consideraba a la Asociación Civil Promotora de Servicios Educativos “Talentos” como entidad exonerada del impuesto a la renta.

Conforma se desprende del tenor de la demanda, con fecha 21 de mayo de 2002 la accionante presentó recurso de reclamación contra la Resolución de Intendencia N.º 0690400007/SUNAT, fecha a partir de la cual la Administración Tributaria cuenta con 6 meses –y no 30 días como considera la demandante– para resolverlo, conforme lo dispone el artículo 142º del Código Tributario, por lo que, habiéndose interpuesto la demanda antes de que fenezca el plazo para que se resuelva el recurso en la vía administrativa, debe desestimarse la demanda.”

reconoce el debido proceso como un derecho fundamental de aplicación directa o inmediata (como se regula en la Constitución de Colombia y en Perú, al igual que en muchos países). En ese sentido, debe descartarse un efecto programático de su vigencia y ejecución, supeditado al respectivo desarrollo legislativo; es decir, deberá ser respetado sin ningún tipo de condicionamiento por todas y cada una de las autoridades estatales.²⁶

Es así que, sin dicho procedimiento, el funcionario o agente público no puede actuar, pues no está reglada la forma del ejercicio del poder conferido. En tales condiciones, el procedimiento se halla definido como garantía del Estado de derecho que limita la actividad ejecutiva en la aplicación de los actos administrativos de carácter general relacionados con determinado servicio público. El estado de derecho, es un estado de seguridad²⁷.

En tal virtud, se entiende que las funciones no se deben presumir, sino deben ser expresas o implícitas en normas vigentes; respetando la jerarquía normativa y las instituciones debidamente representadas por funcionario competente y acreditado conforme a ley, esto es, dentro de un estado de derecho.

7.4 La competencia tributaria en el ámbito Administrativo y Judicial

A. La competencia como manifestación de voluntad legalmente autorizada

Si el derecho administrativo se ocupa del régimen jurídico de las manifestaciones de voluntad que se producen con objeto de la prestación de los servicios públicos, tal régimen supone un poder o competencia por parte del funcionario encargado de la función respectiva. La competencia es una manifestación de voluntad legalmente autorizada, un “querer de poder”, como dice Jéze²⁸, y que se divide en tres elementos fundamentales:

²⁶ El debido proceso debe ser respetado por todas las autoridades sin condicionamiento alguno. (Corte Constitucional de Colombia, Sent. T-082-02, 12/12/2002)

²⁷ GARCIA NOVOA, Cesar. Principios Constitucionales Tributarios. Ponencia del II Congreso Internacional de Derecho Tributario organizado por la Academia Internacional de Derecho Tributario – AIDET, Lima, los días 25 y 26 de agosto de 2011.

²⁸ JÉZE, Gastón (Toulouse, 2 mars 1869 - Deauville, 5 août 1953) est un professeur de droit public français, président de l'Institut de droit international, fondateur et directeur de la Revue de science et de législation financière (à partir de 1903), directeur de la Revue de droit public (de 1904 à 1953). JÉZE fut l'un des principaux promoteurs de la science financière comme enseignement autonome dans les universités. Dans les milieux universitaires il est souvent considéré comme le "pape" des finances publiques. C'est également l'un des juristes qui ont contribué à remplacer la notion de puissance publique par celle de service public comme justification de l'État et du droit public, ce qui explique qu'on le rattache généralement à l'École du service public" de Léon Duguit. Son engagement dans le conflit qui opposa au milieu des années 1930 l'Éthiopie à l'Italie mussolinienne suffira pour enflammer une jeunesse étudiante en majorité acquise alors aux idéaux d'une droite nationaliste et xénophobe.

M. MILET, La Faculté de droit de Paris face à la vie politique : de l'affaire Scelle à l'affaire Jéze, 1925-1936, LGDJ, 1996. http://fr.wikipedia.org/wiki/Gaston_J%C3%A8ze#cite_ref-0.

- a) Competencia o poder de querer el resultado jurídico;
- b) El ejercicio del poder de querer o manifestación de voluntad; y
- c) La manifestación de la voluntad en forma concreta, en cuanto a su resultado o acto jurídico.²⁹

B. La competencia funcional, territorial y jerárquica

La competencia es funcional, territorial y jerárquica, en virtud de las funciones encomendadas al agente, en relación con el territorio adscrito y respecto del grado de ratificación de los actos por el superior administrativo.

C. Jurisdicción y competencia de los empleados públicos

²⁹ EXP. N.º 2721-2003-AA/TC, SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, de fecha 03 de noviembre de 2003.

La recurrente interpone acción de amparo para que se dejen sin efecto la Resolución N.º 2, expedida por el ejecutor coactivo de la Municipalidad Distrital de Paramonga en el expediente N.º 001-00-MDP/EC, y el proceso coactivo que se sigue en su contra; asimismo, solicita que la demandada se abstenga de proseguir las retenciones y embargos de sus fondos y valores, alegando que se están vulnerando sus derechos constitucionales al debido proceso, de defensa y de propiedad.

El artículo 139º, inciso 3), de la Constitución establece como principio de la función jurisdiccional la observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional, criterio que no sólo se limita a las formalidades propias de un procedimiento judicial, sino que se extiende a los procedimientos administrativos sancionatorios. En efecto, el debido proceso está concebido como el cumplimiento de todas las garantías, requisitos y normas de orden público que deben observarse en las instancias procesales de todos los procedimientos, incluidos los administrativos, a fin de que las personas estén en condiciones de defender adecuadamente sus derechos ante cualquier acto del Estado que pueda afectarlos. Vale decir, que cualquier actuación u omisión de los órganos estatales dentro de un proceso, sea éste administrativo (procedimiento de ejecución coactiva) –como en el caso de autos– o jurisdiccional, debe respetar el debido proceso.

El derecho al debido proceso comprende, a su vez, un haz de derechos que forman parte de su estándar mínimo: el derecho al juez natural –jurisdiccional predeterminada por la ley–, el derecho de defensa, a la pluralidad de instancias, a los medios de prueba y a un proceso sin dilaciones. En el caso de autos, lesionar el derecho al debido proceso implicaba que, durante el proceso de ejecución coactiva, al demandante se le privara, por lo menos, del ejercicio de alguno de los referidos derechos, lo que ocurrió, como se ha verificado al no habersele notificado oportunamente a la entidad demandante, en su domicilio fiscal, dicho procedimiento.

El derecho al debido proceso implica el respeto, dentro de todo proceso, de los derechos y garantías mínimas con las que debe contar todo justiciable, para que una causa pueda tramitarse y resolverse con justicia.

Del estudio de autos se puede observar que la entidad demandante interpuso recurso de queja contra la Municipalidad Distrital de Paramonga - Barranca, por haberle iniciado procedimiento de cobranza coactiva de la Resolución de Determinación N.º 017-2000-UAT-MDP, sin haberle notificado previamente dicho valor y por haberle impedido el acceso al Expediente Coactivo N.º 001-00-MDP/EC, conforme se desprende de los documentos que adjunta, obrantes de fojas 18 a 19; habiendo emitido el Tribunal Fiscal la Resolución Fiscal N.º 00769-2-2002, mediante la cual se dispuso la suspensión del procedimiento de cobranza coactiva de la Resolución de Determinación N.º 017-2000-UAT-MDP (Expediente N.º 001-00-MDP/EC), en tanto el Tribunal emitiese pronunciamiento definitivo respecto a la queja interpuesta.

Es necesario señalar que la demandante no ha podido ejercer su derecho de defensa ni interponer los medios impugnatorios correspondientes; deducir la nulidad –si fuere el caso– y recurrir a las instancias administrativas respectivas y, en todo caso, no pudo haber contradicho alguna resolución que la perjudicara a través de la acción contencioso-administrativa.

Asimismo, el artículo 11º del Código Tributario precisa que “[...] El domicilio fiscal es el lugar fijado dentro del territorio nacional para todo efecto tributario; sin perjuicio de la facultad del deudor tributario de señalar expresamente un domicilio procesal al iniciar cada uno de sus procedimientos tributarios [...]”.

También es necesario señalar que el artículo 103º del referido Código Tributario establece que “[...] La notificación de los mismos se considera válida cuando se realice en el domicilio fiscal del deudor tributario, mientras éste no haya comunicado el cambio de domicilio [...]. Asimismo, el artículo 104º de la citada norma establece que “[...] La notificación de los actos administrativos se hará: Por correo certificado o por mensajero, en el domicilio fiscal, con acuse de recibo o con certificación de la negativa a la recepción. En este último caso, adicionalmente se podrá fijar la notificación en la puerta principal del domicilio fiscal [...]”. Por consiguiente, al no haber sido notificada la entidad demandante en su domicilio fiscal, como lo establece la ley, se han violado sus derechos.

La jurisdicción es la facultad genérica que tienen todas las autoridades del Estado para administrar justicia en todos los órdenes. Competencia es la limitación de la jurisdicción a ciertos y determinados funcionarios, de acuerdo con la naturaleza del asunto, la cuantía, la calidad de las partes, o el lugar.

No todos los empleados públicos tienen jurisdicción y competencia. Solamente aquellos que por ley están facultados para aplicar la normatividad jurídica aún por medios coactivos, puede decirse que son competentes.³⁰

D. Etapas y competencia procesal en vía administrativa

Los órganos competentes dentro del procedimiento contencioso tributario para conocer y resolver las reclamaciones son los siguientes:

- En primera instancia, ante la Administración Tributaria, que en el Perú comprende a la Superintendencia Nacional de Aduanas y Administración Tributaria - SUNAT, respecto de los tributos que administra por encargo del gobierno central y otros señalados por la Norma II del Título Preliminar del Código Tributario. También, a los gobiernos regionales, mediante sus propios órganos internos y a los gobiernos locales, mediante sus propios órganos internos y, en algunos casos, como la Municipalidad de Lima Metropolitana, por la Superintendencia de Administración Tributaria – SAT. Asimismo, cuando la resolución sobre las reclamaciones haya sido emitido por órgano sometido a jerarquía, los reclamantes deberán apelar ante el superior jerárquico antes de recurrir al Tribunal Fiscal, teniendo en consideración que no debe haber más de dos instancias antes de recurrir al referido Tribunal y la competencia de los órganos de resolución de reclamaciones no puede ser extendida ni delegada a otras entidades, de conformidad con lo dispuesto en el Artículo 124° y 133° del Código Tributario peruano.
- En última instancia administrativa, la autoridad competente que resuelve las apelaciones es el Tribunal Fiscal, cuya resolución que agota la vía administrativa, puede ser impugnar en la vía judicial por el contribuyente o por la procuraduría de la SUNAT, de los gobiernos regionales o de los gobiernos locales, respectivamente.
- De otro lado, es importante hacer notar que existe la apelación de puro derecho que puede interponerse ante el Tribunal Fiscal contra actos de la Administración Tributaria, cuando la impugnación sea de puro derecho, no siendo necesario

³⁰ RAMIREZ CARDONA, Alejandro, Op Cit, págs. 10 y 11.

interponer reclamación ante instancias previas, de acuerdo a lo estipulado en el Artículo 151° del Código Tributario.

Del mismo modo, es importante destacar que la competencia de los órganos antes descritos es irrenunciable e improrrogable y no puede ser alterada por la sumisión de los interesados.³¹

E. Competencia funcional y de delegación de firmas de la Administración Tributaria

En el Perú, los preceptos del Código Tributario son aplicables, con las salvedades que trascienden del propio Código y otras normas con rango de ley, a todos los tributos (impuestos, contribuciones y tasas) del sistema tributario peruano y a las relaciones jurídicas que los tributos y la aplicación de las normas tributarias generen; por tanto, son aplicables a todas las Administraciones Tributarias y no solo a (por) la SUNAT³². El tributo es el concepto fundamental del Derecho Tributario³³. Por ello, el Código tributario es un conjunto orgánico y sistémico de las disposiciones y normas que regulan la materia tributaria en general³⁴.

Como se precisó anteriormente, la Administración Tributaria en el Perú, tiene establecido competencias en tres niveles, nacional (SUNAT), regional (gobiernos regionales) y local (gobiernos locales), así como, cada Administración Tributaria dentro de su competencia establece competencias funcionales debidamente acreditadas por disposiciones legales pertinentes. Internamente la Administración Tributaria se estructura dentro de una competencia funcional y de delegación de firmas para establecer su actuación administrativa y procedimental.

Por ejemplo, SUNAT como Administración Tributaria ha establecido su competencia nacional, mediante la creación de Intendencias de Principales Contribuyentes Nacionales, Intendencias Regionales y Oficinas Zonales, creando directorios de administrados dentro de dichas competencias funcionales, acreditándose debidamente y respetando las disposiciones legales vigentes. Asimismo, la referida Administración Tributaria ha creado Centros de Servicios al contribuyente en lugares estratégicos de Lima. Lugares en los cuales también se puede presentar los escritos respecto de recursos de reclamos, apelaciones e iniciar los demás procedimientos administrativos contemplados en el TUPA de SUNAT, así como recibir orientación tributaria sobre cualquier aspecto tributario.

³¹ MENDEZ MORENO, Alejandro, Derecho Financiero y Tributario, Op Cit, pp. 398 y 399.

³² HUAMANÍ CUEVA, Rosendo. Código Tributario Comentado. Jurista Editores EIRL. 2009, página 16.

³³ VILLANUEVA GUTIERREZ, Walker. Código Tributario: Doctrina y Comentarios. Coautores ROBLES MORENO, Carmen Del Pilar, RUIZ DE CASTILLA, Francisco, BRAVO, Jorge., Pacífico Editores, 2009, página 21.

³⁴ ROBLES MORENO, Carmen Del Pilar. Código Tributario: Doctrina y Comentarios. Coautores RUIZ DE CASTILLA, Francisco, BRAVO, Jorge, VILLANUEVA, Walker. Pacífico Editores, 2009, página 12.

En lo que respecta a los procedimientos tributarios del derecho procedimental y procesal, los actos administrativos y tributarios emitidos y debidamente notificados son aquellos de los cuales se discuten su contenido (la obligación tributaria principal: fondo del asunto) y su forma (nulidad o anulabilidad de dichos actos). La competencia para recibir y resolver se da debido a lo indicado en los párrafos precedentes.

7.5 El carácter público del procedimiento tributario

Las normas de procedimiento, siguiendo a Ramírez³⁵, son de orden público, máxime cuando regulan la actuación de derechos eminentemente públicos, o sean aquellos que se refieren a las relaciones entre el Estado y los particulares y la función misma del Estado.

En ese sentido, las normas procedimentales y procesales tienen que cumplir con los siguientes requisitos para ser considerados públicos:

- a) Irrenunciables, y por lo tanto, de carácter “absoluto, inmediato y obligatorio”; se pueden renunciar en procedimientos solamente los términos no perentorios, o los periodos aprobatorios en favor de la parte actora;
- b) Irretroactivas, lo cual significa su aplicación inmediata en el tiempo.

En ese sentido, el procedimiento y proceso como conjunto de formalidades y ritualidades que señalan legalmente los sistemas y medios de probar el derecho sustantivo no admite interpretaciones analógicas, por ser de orden público.³⁶ Deben estar expresas o implícitamente en la norma jurídica vigente.

7.6 La Acción, la pretensión y el recurso en la relación jurídico tributaria procesal tributaria

En principio, siguiendo a Ramírez, trataremos de las diferencias entre acción y pretensión, para luego establecer los contenidos semánticos de la acción, pretensión y el recurso.

A. Diferencias entre acción y pretensión

La acción tiene como sustento lo establecido en el derecho procesal moderno, por la cual, según lo anota Devis Echandía en su Compendio de derecho procesal civil, la

³⁵ RAMIREZ CARDONA, Alejandro, Óp. Cit. pág. 12.

³⁶ RAMIREZ CARDONA, Alejandro, Óp. Cit. pág. 15.

acción procesal es un derecho subjetivo y cívico a la obtención de una sentencia mediante un proceso.³⁷

En ese sentido, la acción se presenta según los siguientes puntos de vista:

- a) Material, como pretensión que tiene el demandante a la tutela que el derecho objetivo le otorga a determinado derecho en abstracto; y
- b) Procesal, en cuanto mira al objeto y fin de la actividad jurisdiccional que así se pone en movimiento para obtener la sentencia.

En ese sentido, es necesario distinguir la acción de la pretensión, como lo hace el autor citado: la acción es un derecho público que corresponde a toda persona natural o jurídica en forma abstracta, de dirigirse al Estado para obtener justicia sea cual fuere el resultado de la decisión; la pretensión, o acción en sentido material, es el derecho que tiene el demandante de exigir al Estado una decisión favorable.

En esa misma línea, los elementos de la acción en sentido material o de la pretensión son: sujetos, objeto y causa, cuyo detalle se describe a continuación:

- a) Los sujetos del derecho de acción son el demandante y el juez: el primero, sujeto activo; y el segundo, pasivo. Los sujetos de la pretensión son el demandante y el demandado: el primero, activo; el segundo, pasivo.
- b) El objeto de la acción es la sentencia mediante el proceso, sea o no favorable. El objeto de la pretensión es el petitum de la demanda que persigue una decisión favorable.
- c) La causa de la acción es el interés para promover el juicio y obtener la sentencia. La causa de la pretensión es el contenido de la sentencia. La causa de la pretensión es el contenido de la petición referido a los hechos de la relación jurídica sustancial.

En los juicios de jurisdicción contenciosa, la relación jurídico-procesal es doble: relación de acción (entre demandante y Estado) y relación de contradicción (entre

³⁷ Sentencia, resolución emitida por el órgano jurisdiccional que pone fin a un procedimiento judicial. Contiene una declaración de voluntad del juez o tribunal judicial en la que se aplica el Derecho a un determinado caso concreto. Puede ser impugnada, salvo que se agote la última instancia.

demandado y Estado). En los juicios de jurisdicción voluntaria, es decir, cuando no hay parte demandada, la relación jurídico procesal es simple o de acción solamente. No se pueden confundir los presupuestos procesales previos al juicio y del procedimiento (presupuesto de la pretensión).³⁸

Por tal razón, la acción tributaria en la vía administrativa es declarativa, porque se trata de definir un derecho o una obligación que solamente obliga al particular interesado y al Estado, que está colocado como sujeto pasivo de la acción, pero no de la pretensión, ya que no hay parte demandada. En la vía contencioso-administrativa, la acción es declarativa constitutiva, por cuanto la decisión obliga al particular y al Estado, que está colocado como parte demandada, mediante decisión que tiene fuerza de verdad legal o cosa juzgada.

Pero no es necesario, para que el acto de la liquidación de impuestos implique una declaración constitutiva, que tenga que ser decidido en juicio contencioso; basta que en la vía gubernativa se den estas dos condiciones para que tenga dicho carácter: que sea exigible coactivamente e irrevocable³⁹.

- a) La primera se da cuando transcurre el término legal para que pueda el contribuyente ejercitar la acción contenciosa, pues así se presume válido para una declaración ejecutiva, y siempre y cuando que no pueda ser reclamado extraordinariamente en la vía del gobierno.
- b) La segunda, cuando aún no ha caducado el término legal para que la Administración pueda oficiosamente modificarlo.⁴⁰

De otro lado, cuando se ejercita por el interesado la acción tributaria, se establece la relación procesal correspondiente. Dicha relación es de acción, o sea, que el contribuyente aparece en calidad de sujeto activo, y el Estado, de sujeto pasivo; pero

³⁸ RAMIREZ CARDONA, Alejandro, Óp. Cit. Págs.16 y 17.

³⁹ EXP. N.º 2192-2004-AA /TC, SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, de fecha 11 de octubre de 2004.

El objeto de demanda es que se deje sin efecto la Resolución de Alcaldía N.º 1085-2003-ALC-MPT, de fecha 16 de diciembre de 2003, por medio de la cual se resuelve destituir a los demandantes en el ejercicio de sus funciones de técnico de recepción de la Oficina de Rentas y de Cajera, respectivamente. Los recurrentes manifiestan que dicha resolución viola sus derechos constitucionales al debido proceso, a la libertad de trabajo, a la dignidad y la igualdad ante la ley, de defensa, entre otros.

Varias son las cuestiones que se detallan en el escrito de demanda y que este Tribunal encuentra relevantes desde una perspectiva de los derechos que están en juego en el presente caso, a saber: a) los efectos del principio de legalidad y, más precisamente, del principio de taxatividad en el procedimiento administrativo sancionador; b) los alcances y efectos del deber de motivar el acto administrativo, sobre todo cuando éste contiene una decisión que restringe o limita un derecho fundamental; c) las implicancias del principio de razonabilidad en la sanción impuesta, para determinar la justicia de la decisión.

El principio de legalidad constituye una auténtica garantía constitucional de los derechos fundamentales de los ciudadanos y un criterio rector en el ejercicio del poder punitivo del Estado Democrático. La Constitución lo consagra en su artículo 2º, inciso 24, literal d), con el siguiente tenor: “Nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible; ni sancionado con pena no prevista en la ley” (subrayado nuestro).

⁴⁰ RAMIREZ CARDONA, Alejandro, Óp. Cit. pág. 20.

no de contradicción, es decir, que no existe relación entre el Estado y un demandado, ni se ejercita contra él como sujeto pasivo de la pretensión.

En ese sentido, la relación procesal como vínculo que surge entre las partes al iniciarse el proceso por el ejercicio de la acción, previo cumplimiento de los presupuestos procesales que le dan viabilidad a aquellas hasta cuando el proceso subsista o se termine, de modo que de ella emanan derechos, obligaciones y cargas para ambas: contribuyente y Estado, representado este por los funcionarios autorizados⁴¹ o procuradores públicos.

B. Contenido de la acción, pretensión y recurso

En este punto, sin entrar en mayores disquisiciones científicas, consideramos oportuno concordar el contenido semántico de cada una de esas expresiones en la forma en que lo hacemos seguidamente⁴²:

- a) La acción representa un derecho abstracto a la tutela jurídica. En otros términos, podemos definir el concepto de acción como el derecho que tienen todos los habitantes a articular sus pretensiones ante la autoridad jurisdiccional⁴³ o administrativa o tributaria (La Administración Tributaria Nacional, Gobiernos Regionales o Gobiernos Locales).
- b) La pretensión es el contenido de la acción; es decir, el derecho concreto que cada una de las partes articula ante la autoridad decisoria del procedimiento o proceso tributario. Se debe señalar en forma clara y precisa en el escrito o recurso correspondiente a presentar ante la autoridad jurisdiccional o administrativa o tributaria.
- c) El recurso es el acto procesal en virtud del cual la parte que se considera agraviada por una resolución jurisdiccional pide su reforma o anulación —total o parcial—, sea al mismo juez o tribunal que la dictó, sea a un juez o tribunal jerárquicamente superior o⁴⁴ ante una autoridad administrativa: La misma Administración Tributaria o el Tribunal Fiscal, en países como Perú que tiene un colegiado administrativo de resolución de conflictos, con competencia nacional.

⁴¹ RAMIREZ CARDONA, Alejandro, *Óp. Cit.* pág. 21.

⁴² MARTIN, José María y RODRIGUEZ USE, Guillermo F., *Derecho Tributario Procesal*, Ediciones de Palma, Buenos Aires, 1987, págs. 6 y 7.

⁴³ PALACIO, Lino, *Ob. Cit.*, Tomo I, pág. 109.

⁴⁴ PALACIO, Lino, *Ob. Cit.*, Tomo II, pág. 65.

Como se evidencia, la acción, pretensión y recurso están integrados entre sí, su funcionamiento es el inicio de un debido procedimiento o proceso, que debe culminar respetando el principio de congruencia procesal.

7.7 El ciclo del proceso tributario

El ciclo del proceso tributario se desarrolla en un ciclo (accertamento) que en la vía gubernativa es de carácter declarativo de la obligación tributaria. En ese ciclo participa, en primer término, el documento inicial emanado del contribuyente o declaración jurada, luego la liquidación o acto administrativo tributario (Orden de Pago o Resoluciones de Determinación y de Multa), el pago u otras formas de extinción de la obligación tributaria, y paralelamente el apercibimiento coactivo, los embargos y la ejecución forzada. El ciclo del proceso tributario puede desarrollarse sin necesidad de una discusión del gravamen por parte del contribuyente, en uso de los recursos legales. Cuando se impugna la obligación tributaria declarada en la liquidación oficial u orden de pago, dicha discusión forma parte del ciclo indicado⁴⁵. Si el contribuyente no entabla acción contra el tributo u obligación tributaria principal y lo paga voluntariamente o se extingue la obligación tributaria en sus otras formas, la etapa del cobro coactivo no se presenta. De todas maneras, las etapas fundamentales del ciclo del proceso tributario son la declaración jurada, la liquidación y el pago del tributo. El procedimiento de cobranza coactiva es una etapa de dicho ciclo que no implica la cancelación total o definitiva del impuesto si media reclamación contra él, pues no siempre tiene carácter de finiquito, dicho ciclo sigue hasta la etapa de apelación ante el Tribunal Fiscal o el superior jerárquico que agota la vía administrativa. Asimismo, nos sobra señalar que en la parte de la discusión del tributo se ha incluido el proceso contencioso administrativo, haciendo más completo el cuadro del desenvolvimiento del proceso tributario.⁴⁶ Por ende, cabe indicar que en el ciclo del proceso tributario existen varios procedimientos y procesos tributarios paralelos, como lo determinado en los procedimientos no vinculados a la obligación tributaria y el proceso penal tributario, entre otros, respetando incluso los plazos para las diversas impugnaciones.⁴⁷

⁴⁵ EXP. N.º 1628-2003-AA/TC, SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL de fecha 29 de agosto de 2004.

Todo ejercicio de la potestad administrativa debe observar la Ley del Procedimiento Administrativo General, ley marco que regula la actuación administrativa. Al respecto, el artículo IV del Título Preliminar, consagra, entre otros, el derecho al debido procedimiento, que garantiza que los administrados gocen de derechos tales como el de exponer sus argumentos, de ofrecer y producir pruebas y obtener una decisión motivada y fundamentada en el derecho.

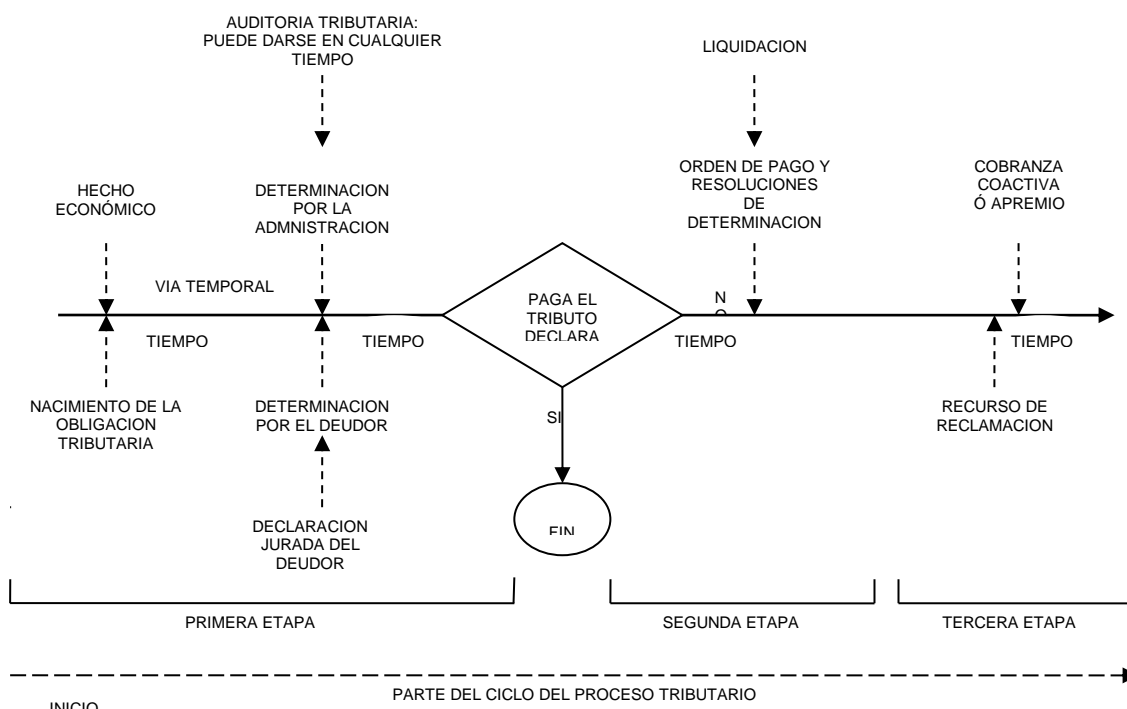
⁴⁶ RAMIREZ CARDONA, Alejandro, Óp. Cit. página 23.

⁴⁷ EXP. N.º 1409-2002-AA/TC, SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, de fecha 29 de enero de 2003.

El objeto de la demanda es que se declare inaplicable al actor tanto lo establecido en el artículo 136.º del Código Tributario, como la resoluciones mencionadas en los antecedentes, y así admitirse a trámite su reclamación contra órdenes de pago que le han sido giradas sin tener que realizar el pago previo que exige la Administración Tributaria para su admisión; solicitando, además, que se dejen sin efecto las órdenes de pago. El segundo párrafo del artículo 136º del Código Tributario, establece que "...Para interponer reclamación contra la Orden de Pago es requisito acreditar el pago previo de la totalidad de la deuda tributaria actualizada hasta la fecha en que realice el pago, excepto en los casos establecidos en el segundo y tercer párrafo del artículo 119". De otro lado, el segundo párrafo inciso f) del artículo 119º del Código precitado dispone que: "(...) tratándose de Órdenes de Pago y cuando medien otras circunstancias que evidencien que la cobranza podría ser improcedente, la Administración Tributaria está facultada a disponer la suspensión de la cobranza de la deuda, siempre que el deudor tributario interponga la reclamación dentro del plazo de veinte (20) días hábiles de

A continuación, se presenta un esquema del parte del ciclo del proceso tributario, según la normativa peruana, en la cual se incluye las diversas etapas y flujos por las que discurre el proceso, que tiene vital importancia por su calidad de principio fundamental:

ESQUEMA DE PARTE DEL CICLO DEL PROCESO TRIBUTARIO



Del esquema se desprende que el ciclo del proceso tributario se origina desde el nacimiento de la obligación tributaria y que genera obligaciones sustanciales (pago del tributo) y formales (la determinación de la obligación tributaria por el obligado o por la propia administración). Luego, si el contribuyente voluntariamente extingue la obligación tributaria, no se genera un litigio. Caso contrario, si el contribuyente no está de acuerdo con la naturaleza del tributo o con la forma de su aplicación, se generaría

notificada la Orden de Pago”; y, el tercer párrafo establece que: “(...) para la admisión a trámite de la reclamación se requiere, además de los requisitos establecidos en este Código, que el reclamante acredite que ha abonado la parte de la deuda no reclamada actualizada hasta la fecha en que se realice el pago”. El propio texto de la normativa acotada desvirtúa el argumento de la demanda respecto a que el artículo 136.º del Código Tributario resulta atentatorio del debido proceso y la tutela judicial efectiva, al exigir el pago de la deuda como condición para efectuar algún reclamo. Ello porque el propio Código ha establecido la posibilidad de que se pueda reclamar sin esa condición, siempre y cuando la reclamación se haga dentro del plazo de 20 días y se acredite el pago de la deuda que no es materia de impugnación. Ninguno de los requisitos fue cumplido por el actor al interponer sus reclamaciones a las órdenes de pago, y como consecuencia de ello, tanto la Intendencia de la SUNAT como el Tribunal Fiscal las declararon inadmisibles, por lo que este Tribunal no encuentra que las resoluciones cuestionadas resulten violatorias de derecho constitucional alguno. Respecto a la inaplicación de las órdenes de pago, materia también del petitorio, este extremo también debe desestimarse, pues en autos no obran dichas órdenes, lo cual no permite crear convicción en este Colegiado sobre los hechos alegados.

un conflicto que se encauza dentro del proceso tributario, que se inicia con la utilización de los procedimientos administrativos en la vía administrativa hasta agotarlo. Posteriormente, el contribuyente, si aún no está de acuerdo con la última decisión administrativa que desestimó su apelación, puede recurrir a la vía judicial (en lo contencioso o constitucional). Por parte de la Administración Tributaria tiene expedito el inicio de procedimientos de apremio o coactivo o penal, siempre dentro del estricto cumplimiento de la Constitución y la Ley.

8. EL ARBITRAJE TRIBUTARIO COMO MEDIO DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS ENTRE OTROS MECANISMOS NECESARIO FRENTE A LA CARGA PROCESAL ADMINISTRATIVA Y JUDICIAL

Según lo descrito antes, evidentemente en nuestro país solo existe la posibilidad de resolver conflictos en la vía administrativa y en la vía judicial. No existe otras formas de resolver conflictos como el arbitraje, la conciliación, la transacción u otro similar.

Si bien se perfila en países como Francia, Portugal, EE. UU., Venezuela, Brasil, en nuestro país es aún no se ha tomado en serio el problema de la carga procesal en la SUNAT, los municipios, el Tribunal Fiscal, el Poder Judicial y otros entes, dado que lo resuelven en el plazo de ley y se vulnera constantemente el principio constitucional de plazo razonable y una verdadera tutela efectiva.

Lo mismo que pasa en Perú sucede en países como España, según precisa Francisco Adame, en julio de 2001 se publicó el Informe de la Comisión para el estudio y propuesta de medidas para la reforma de la Ley General Tributaria, que había sido constituida un año antes. En la parte final de dicho Informe se analizaba con enorme acierto y por primera vez en un Informe oficial la posibilidad de introducir en nuestro ordenamiento sistemas alternativos de resolución de conflictos (diferentes de los judiciales), con especial referencia al arbitraje y a la conciliación judicial o ante los Tribunales Económico-Administrativos. Veinte años después aún no contamos en España con ninguno de estos mecanismos, lo que contrasta llamativamente con la situación en otros países donde el arbitraje, instrumento en el que me centraré en esta entrada, está contribuyendo de forma notable a la reducción de la litigiosidad⁴⁸.

Pon ende, la problemática de la carga procesal y la evolución de la ciencia y la tecnología hacen posible que se mejore las vías administrativa y judicial. Mejor aún si se utiliza el arbitraje tributario, evitando confundirse con idea de fanatismo de la indisponibilidad del tributo o la burda frase que no se puede utilizar mecanismos alternativos en materia tributaria. Sin duda son errores usuales de perderse en lo abstracto huyendo de la realidad que pide su aplicación para ser parte de la solución

⁴⁸ ADAME MARTÍNEZ, Francisco. Arbitraje tributario. Taxlandia Blog Fiscal y Tributaria. 11 de julio de 2019. <https://www.politicafiscal.es/equipo/francisco-adame-martinez/el-arbitraje-tributario>.

ante la constante vulneración del plazo razonable y la poco o casi nula especialización tributaria en el ámbito judicial.

9. CONCLUSIÓN

De acuerdo con lo expuesto, el debido proceso nace sustentado como principio y derecho dentro del marco de un Estado Constitucional y Social de Derecho que los ciudadanos y los poderes públicos deben respetar. El debido proceso tributario tiene su fuente constitucional y legal, que sirve para resolver los conflictos o incertidumbres que se generan en la sociedad. El íter del proceso tributario está compuesto por dos vías: los procedimientos en vía administrativa y los procesos en vía judicial, cuyos actos administrativos inmersos dentro de sus cauces gozan de la presunción de legalidad admitiendo prueba en contrario y respetando los principios fundamentales del proceso tributario, como son el Estado de derecho, la función administrativa, el procedimiento como garantía del estado de derecho, la competencia tributaria, el carácter público del procedimiento, la acción, pretensión y recurso y el ciclo del proceso tributario.

La resolución de conflictos e incertidumbre jurídica deben ser resueltos dentro de un plazo razonable y respetando el debido proceso. Sin embargo, dada la carga procesal que se tiene en el ámbito administrativo y con mayor énfasis en la vía judicial, es pertinente y acertado pensar en incorporar otros mecanismos de resolución de conflictos como es el caso del arbitraje tributario. Es una oportunidad su aplicación y con el apoyo de la tecnología e información que cuentan las Administraciones Tributarias es sin duda una alternativa para contar con procedimientos y procesos tributarios electrónicos administrativos y judiciales y, porque no con procesos arbitrales que deben respetar los principios de tutela y debido proceso.

10. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ADAME MARTÍNEZ, Francisco. Arbitraje tributario. Taxlandia Blog Fiscal y Tributaria. 11 de julio de 2019. <https://www.politica-fiscal.es/equipo/francisco-adame-martinez/el-arbitraje-tributario>.
- BUSTAMANTE, Reynaldo, Derechos fundamentales y proceso justo, Lima, 2001, pp. 236 ss.; asimismo, revisar el documento de la CAJ elaborado por HUERTA, Luis con la colaboración de AGUILAR, Enrique, El debido proceso en las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (análisis del artículo 8º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), en www.cajpe.org.pe.
- BRAVO CUCCI, Jorge. Algunas meditaciones sobre la potestad sancionadora del estado en materia administrativa. Jurisprudencia y Doctrina Constitucional Tributaria, Gaceta Jurídica, Lima, 2006, primera edición. Página 299.
- CALAMANDREI, Piero. Instituciones de Derecho Procesal Civil, Buenos Aires, 1943, página. 144.

- CORIPUNA, Javier Adrián. Los principios y derechos del debido proceso en algunos casos de amparo en materia constitucional tributaria. *Jurisprudencia y Doctrina Constitucional Tributaria*, Gaceta Jurídica, Lima, 2006, primera edición. Páginas 335 y 336.
- CARVALHO, Cristiano. "El Análisis Económico del Derecho Tributario". Colección de Derecho Tributario Moderno. Directores YACOLCA, Daniel y BRAVO, Jorge. Editorial Grijley, IUSTITIA, Academia Internacional de Derecho Tributario. 2011, página 25.
- DAMARCO, Jorge Héctor. "Tratado de Tributación. Derecho Tributario". T. I. Vol. 1 Astrea. Buenos Aires. 2003, 53 - 54.
- FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, La configuración jurisprudencial del derecho a la jurisdicción, en RGD, N° 600, Valencia, 1994, pp. 9257-9284.
- FOLCO, Carlos María. Procedimiento tributario. Naturaleza y estructura. Bubinzal – Culzoni Editores. 2004, página. 29 y 30.
- GAMBA VALEGA, Cesar. El debido procedimiento administrativo en el ámbito tributario. *Jurisprudencia y Doctrina Constitucional Tributaria*, Gaceta Jurídica, Lima, 2006, primera edición. Página 311.
- GARCIA NOVOA, Cesar. Principios Constitucionales Tributarios. Ponencia del II Congreso Internacional de Derecho Tributario organizado por la Academia Internacional de Derecho Tributario – AIDET, Lima, los días 25 y 26 de agosto de 2011.
- JÈZE, Gastón ([Toulouse, 2 mars 1869](#) - [Deauville, 5 août 1953](#)) est un professeur de [droit public](#) français, président de l'[Institut de droit international](#), fondateur et directeur de la Revue de science et de législation financière (à partir de 1903), directeur de la Revue de droit public (de 1904 à 1953).
- HUAMANÍ CUEVA, Rosendo. Código Tributario Comentado. Jurista Editores EIRL. 2009, página 16.
- LANDA, Cesar, "El derecho fundamental al debido proceso y a la tutela jurisdiccional", En: *Pensamiento Constitucional*, Año VIII N° 8, Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial, Lima, 2002, Páginas: 445-461
- MARTIN, José María y RODRIGUEZ USE, Guillermo F., *Derecho Tributario Procesal*, Ediciones de Palma, Buenos Aires, 1987, págs. 6 y 7.
- MARTÍNEZ PICHARDO, José y MARTÍNEZ QUIJADA, Luis Octavio. "Introducción al Estudio del Derecho" Capítulo 6. Porrúa, 2007.
- M. MILET, La Faculté de droit de Paris face à la vie politique : de l'affaire Scelle à l'affaire Jèze, 1925-1936, LGDJ, 1996. http://fr.wikipedia.org/wiki/Gaston_J%C3%A8ze#cite_ref-0.
- MENDEZ MORENO, Alejandro, *Derecho Financiero y Tributario*, Op Cit, pp. 398 y 399.
- MENDEZ MORENO, Alejandro, *Derecho Financiero y Tributario*, Parte general, Lecciones de cátedra, 4ta, edición, Editorial Lex Nova, 2003, Valladolid, p. 389.
- MORON URBINA, Juan Carlos, *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General*, Novena edición, 2011, página 63.

- NOWAK, John y ROTUNDA, Ronald, *Constitutional law*, St. Paul, Minn., 1995, pp. 380-451. Vid. HART ELY, John, *On constitutional ground*, Princenton University Press, New Jersey, 1996 pp. 311 y ss.
- PEDRO SAGÜÉS Néstor, *Elementos de derecho constitucional*, tomo 2, Astrea, Buenos Aires, 1993, pp. 328 y ss.
- PALACIO, Lino. *Manuel de Derecho Procesal Civil*. 4ta. Edición, Buenos Aires, 1973, páginas. 57 y ss.
- REAL, Alberto. *La regulación del procedimiento administrativo en el Uruguay*. Plus Ultra, Buenos Aires, 1975, página. 150.
- RAMIREZ CARDONA, Alejandro, *El proceso tributario*, segunda edición, Editorial Temis Bogotá, 1967, páginas 1 y 2.
- ROBLES MORENO, Carmen Del Pilar. *Código Tributario: Doctrina y Comentarios*. Coautores RUIZ DE CASTILLA, Francisco, BRAVO, Jorge, VILLANUEVA, Walker. Pacifico Editores, 2009, página 12. SAENZ, Luis, *La tutela del derecho al debido proceso en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. en *Revista Peruana de Derecho Constitucional* Nº 1, Lima, 1999, pp 483-564.
- VILLANUEVA GUTIERREZ, Walker. *Código Tributario: Doctrina y Comentarios*. Coautores ROBLES MORENO, Carmen Del Pilar, RUIZ DE CASTILLA, Francisco, BRAVO, Jorge,. Pacifico Editores, 2009, página 21.
- YACOLCA ESTARES, Daniel. "Manual de Procedimientos y Procesos Tributarios. Aproximación al derecho procesal y procedimental tributario." Ara Editores, 2007. página 36.



COMPETITIVIDAD EN LA EDUCACIÓN SUPERIOR

*Pilar Jimenez Tello¹,
Victoria Eugenia Plaza Jiménez²*

RESUMEN

El presente artículo tiene por objetivo hacer una reflexión sobre los indicadores imperantes en el ámbito de la Educación Superior, partiendo de la base que los que lideran en este campo son de marcado carácter anglo-norteamericano y no es fácil que las universidades iberoamericanas puedan encontrarse en los primeros lugares, porque por sus características no se ajustan a los indicadores establecidos por los ranking imperantes. Esto no quiere decir que las universidades iberoamericanas no sean incluso de mayor calidad que las que se encuentran situadas en los primeros lugares, sino simplemente que su docencia, investigación, gestión, no se ajustan a la medición establecida por los mismos, sino que estas responden a parámetros menos economicistas y si más sociales. Por ello analizaremos estos indicadores y haremos una primera propuesta para trabajar en el ámbito Iberoamericano.

Palabras Clave: Educación Superior, Competitividad

ABSTRACT

The objective of this article is to reflect on the prevailing indicators in the field of Higher Education, starting from the basis that those who lead in this field are of a marked Anglo-American character and it is not easy for Ibero-American universities to be found in the first places, because due to their characteristics they do not conform to the indicators established by the prevailing rankings. This does not mean that Ibero-American universities are not even of higher quality than those that are located in the first places, but simply that their teaching, research, management, do not conform to the measurement established by them, but that they respond to less economic parameters and if more social. For this reason, we will analyze these indicators and make a first proposal to work in the Ibero-American area.

Keywords: Higher Education, Competitiveness

INTRODUCCIÓN

Los antiguos juegos de la Grecia clásica que son un buen ejemplo de la competencia como valor, pues se presentaban al mismo tiempo un área unificada de valores compartidos y un mundo policéntrico de aproximadamente 700 ciudades-estados independientes en competencia y compitiendo entre ellos para alcanzar los mejores resultados.

¹ Profesora de derecho Administrativo de la Universidad de Salamanca.

² Abogada, Dra en Derecho Administrativo.

Se ha señalado que la decadencia de los imperios romano, español y británico fue acelerada por la desaparición de una pacífica competición política entre todos ellos. La super-centralización favoreció el crecimiento de la burocracia, los impuestos y la regulación y facilitando una centralización que puso fin a la competición.

Si acudimos al Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua Castellana, encontramos que podemos entender por competitividad, capacidad de competir o rivalidad para la consecución de un fin, pues bien, capacidad de competir entre instituciones de enseñanza superior, supone que las instituciones reúnen una serie de requisitos que les sitúa en la línea de poder competir, es decir que reúnen unos estándares de calidad acordes con las enseñanzas que en ellas se imparten. En cuanto a la segunda acepción de la palabra rivalidad para la consecución de un fin, entendemos que como el fin objeto de esta competitividad es conseguir las mayores cuotas de calidad académica e investigadora, esa rivalidad hay que entenderla como un valor que ayudará a que las universidades se esfuercen por situarse en los primeros lugares del ámbito global.

En el ámbito de la Educación Superior, la competitividad se ha plasmado en los ranking que sitúan en los primeros puestos a las universidades que mejor responden a la medición por ellos efectuados. Tal y como la entendemos hoy la competitividad universitaria es muy reciente, aunque en el ámbito anglo-norteamericano tienen más tradición (1983). En los últimos años estos han proliferado en el ámbito Europeo y en España.

Los ranking en el ámbito de la Educación Superior ordenan las universidad, como ya hemos indicado, en función de unos indicadores establecidos de antemano que miden el nivel en que se encuentran las mismas respecto a la docencia, investigación, gestión, infraestructuras, recursos humanos.... Los hay de tipo generalista y otros parciales, referidos solamente a un ítem, docencia, investigación... y otros específicos para un sector, como son los de las Escuelas de Negocios³.

No todos los ranking tienen el mismo prestigio, pero si es cierto que algunos de reciente implantación, como es el caso del ranking de la Universidad de Jiao Tong de Shanghai se están situando en los primeros puestos a nivel global. Mas adelante analizaremos los diferentes ranking.

Nuestro propósito es hacer una reflexión sobre estos indicadores, partiendo de la base que los que lideran en este campo son de marcado carácter anglo-norteamericano y no es fácil que las universidades iberoamericanas puedan encontrarse en los primeros lugares, pues se adaptan a sus peculiaridades. Esto no quiere decir que las universidades iberoamericanas no sean incluso de mayor calidad que las que se encuentran situadas en los primeros lugares, sino simplemente que su docencia, investigación, gestión, no se ajustan a la medición establecida por los mismos, sino que estas responden a parámetros menos economicistas y si más sociales. Por ello analizaremos estos indicadores y haremos una primera propuesta que sirva como comienzo para trabajar en el ámbito iberoamericano.

³ Jiménez Tello, P. Auditoria Universitaria y Calidad : La evaluación como conquista social ante la Competencia Universitaria Global, Germany, Ed. VDM Verlag Dr. Müller, 2009, p. 342.

Han sido muchos los esfuerzos realizados con respecto a la evaluación de la calidad por parte de los gobiernos del ámbito latinoamericano, a modo de ejemplo y como una de las primeras acciones en este sentido podemos citar la reunión de Jefes de Estado y de Gobierno de la Unión Europea, América Latina y el Caribe (UEALC) en Rio de Janeiro (1998), donde se decidió que la cooperación en materia de educación era prioritaria en la cooperación entre los países. Con posterioridad en el año 2000 los ministros de educación pertenecientes a los países que se habían reunido en Rio de Janeiro realizaron una Declaración en la que marcaban las bases para la construcción de un Espacio Común, cuyos pilares serían la evaluación de la calidad y la movilidad entre estudiantes y docentes. Posteriormente han sido muchas las acciones emprendidas en este sentido y debemos seguir trabajando para llegar a la constitución de un verdadero bloque que tenga peso y credibilidad frente al ámbito anglo-norteamericano.

En el ámbito que nos ocupa, la realización de una propuesta de indicadores comunes para medir la calidad de nuestras universidades, tenemos que ser conscientes que es un tema complejo dado que los contextos culturales, económicos, políticos y sociales en los que nos movemos son muy diferentes y por lo tanto el concepto de calidad varía en función de los correspondientes contextos. En nuestra opinión y a modo de proyecto, y teniendo en cuenta que es muy difícil llegar a la elaboración de unos indicadores comunes para todo el ámbito latinoamericano, deberíamos ser capaces del establecimiento de un mínimo de indicadores generales para medir la calidad de nuestras instituciones de Educación Superior y poder comparar la calidad de nuestras universidades a través de un ranking.

Este trabajo, es el resultado de una labor de investigación de muchos años y del análisis de los indicadores de los rankings que lideran en el ámbito de la Educación Superior. Presentamos los mismos como documento de trabajo con la idea de que sobre ellos se pueda comenzar a realizar propuestas y tener un debate sobre el tema que nos lleve a la elaboración consensuada de unos indicadores comúnmente aceptados que sirvan como un mínimo para poder comparar la calidad de nuestras universidades. Esta tarea sería muy importante para después ir avanzado en otros aspectos relativos a la Educación Superior.

No podemos a través de estos ranking decir que la Universidad X es la mejor en todo, pues hay universidades muy buenas en investigación, otras en docencia, otras en compromiso social, otras.....

El papel creciente de la competitividad en la Educación Superior ha sido objeto de interés por parte de los académicos. Gary-Bobo⁴ ha estudiado los efectos de bienestar en relación con el mayor incremento de competición entre universidades y concluye que esta puede llevar a resultados óptimos dependiendo de los incentivos mayores o menores establecidos por el Estado a través de los sistemas de financiación.

Este autor se está refiriendo a países en los que la financiación está en función del rendimiento, pero esto no sucede, por ejemplo, en el sistema universitario español.

⁴ Gary-Bobo, R., "L'économie Politique Simplifiée du *Mammoth*, II: Efficacité Sociale of Concurrence entre Universités », *Working Paper THEMA*, Université Cergy-Pontoise (1998), citado en Elena del Rey.

El que fue presidente de Harvard en los años ochenta, Derek Bok, defiende que para lograr la calidad universitaria es necesario buscar mecanismos que promuevan la motivación. Hay muchas vías para motivar a los profesionales. Una de estas formas es dando reconocimiento a su trabajo, movilizándolo en grupos pequeños, ofreciendo fondos para llevar a cabo tareas interesantes docentes o investigadoras, apoyando las posibilidades de promoción académica y profesional, estableciendo objetivos claros. Estos y otras muchas vías son las que pueden inducir a los individuos a trabajar motivados, aparte de las amenazas de sanciones negativas:

“Una vía obvia para generar motivación es desde luego introducir algunas formas de competición. La competición, en nuestra cultura, produce un poderoso incentivo para ganar, tanto si el premio es en dinero o en reconocimiento o la simple y tranquila satisfacción de prevalecer sobre otros adversarios; aunque también, como se ha aprendido, el problema con la competición es que a menudo, es un estímulo demasiado poderoso que causa a los participantes un gran desgaste y se dedica más esfuerzo a acciones destructivas o se recurre a medios no éticos, que requieren la proliferación de reglas y salvaguardias para mantener la rivalidad dentro de unas reglas determinadas”⁵.

En relación con las palabras del profesor Derek Bok, sobre el peligro de utilizar la competición de forma destructiva, podemos destacar la obra de Christopher Priests⁶ donde dos magos sin escrúpulos, compiten por ser el mejor de forma desahogada. Sin embargo, ellos mismos se lamentan de en lo que se han convertido y de que el precio que han pagado por alcanzar el triunfo es demasiado alto. Por ello, y en esto sí se debe hacer un gran esfuerzo, la competición debe estar dentro de unos límites éticos.

Coincidimos con Derek Bok en la importancia del reconocimiento, herramienta esencial, no solo en el ámbito universitario, sino en todos los ámbitos, pero quizá sea en el ámbito universitario donde esta herramienta está más abandonada. Nosotros entendemos, y así lo expusimos en el capítulo decimosegundo de este trabajo, dedicado exclusivamente al reconocimiento, que no se pueden conseguir unas grandes cotas de calidad, si no establecemos mecanismos de reconocimiento.

Somos conscientes de que al margen de lo establecido por las normas universitarias o estatales es difícil establecer mecanismos de reconocimiento, pero todos los miembros de la comunidad universitaria tenemos que hacer un esfuerzo para buscar vías de reconocimiento si queremos que todos los sectores se sientan implicados en los procesos, no solo de calidad, sino en todos los del ámbito universitario. Y todo esto, respetando escrupulosamente la ética profesional y personal.

Organizaciones internacionales como la Organización de los Estados Americanos (OEA) y la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO) han fomentado procesos para comparar la calidad de los estudios, títulos y diplomas en el ámbito de la Educación Superior y esto nos parece importantísimo, ya que la competencia obliga a estas instituciones a establecer mecanismos de calidad para a su vez ser más competitivos.

⁵ Bok, D., *The cost of talent: How Executives and Professionals Are Paid and How It Affects America*, The Free Press, New York, 1993, p. 389.

⁶ Priests, C., *El prestigio*, (traducción: Francesca Borsani), Minotauro, Barcelona, 2007.

Antes de entrar de lleno en la competitividad de las universidades, ya que es Europa la que tiene que competir con Estados Unidos, es necesario recordar utilizando las palabras del Profesor Pello Salaburu con respecto a la diferencia existente entre el modelo de universidad de Estados Unidos y de Europa, que:

“...En los Estados Unidos, cuyas características (variedad, calidad, flexibilidad, claridad de niveles, autonomía, atención personalizada, prestigio, implantación social, etc.) son definibles, aparentemente al menos, de manera más o menos sencilla. Sin embargo, quién tiene experiencia en el mundo universitario europeo tiende a pensar que no existe ningún modelo definido como tal de manera clara en Europa o, por decirlo en otras palabras, no existe ningún modelo único europeo, puesto que este varía de un país a otro”⁷.

En la actualidad, para poder competir, Europa e Ibero-América necesitan conocer las herramientas angloamericanas, que son las que predominan en el mercado, lo importante es conocer los sistemas y técnicas de evaluación utilizadas en ese contexto. Ellos llevan muchos más años que nosotros trabajando en este terreno. Europa e Ibero-América tiene un alto nivel de calidad en sus universidades, a pesar de que las universidades europeas no anglosajonas e Ibero-América se encuentren fuera de los primeros puestos en los rankings universitarios más prestigiosos. Pero, en estos momentos, si quiere competir a nivel mundial, deberá utilizar los parámetros establecidos por el mundo angloamericano.

La competitividad entre universidades es clave para la innovación⁸. En esencia la competición institucional ha favorecido la innovación, y no olvidemos que la innovación misma puede también favorecer la competición institucional.

En el marco democrático en el que nos movemos, la competencia entre los establecimientos de Educación Superior, es algo normal a lo que nos tenemos que acostumbrar y, además es una buena para todos, ya que lleva a las Universidades a mejorar para situarse en la cumbre de los rankings que se realizan sobre las Universidades.

Como bien indica el profesor Rivero Ortega “Hoy las Universidades compiten entre ellas, dentro de sus sistemas universitarios, y con todas las demás a nivel internacional⁹”.

Berman, a las jurisdicciones rivales indica que la competición hizo posible la sistematización del derecho y ello dio lugar a un constante proceso de innovación que incidió notablemente en una mejora de la calidad técnica de los cuerpos legales:

“La misma competencia y pluralidad que sigue siendo objeto de recelo en la actualidad se ha reconocido como un factor clave del desarrollo de Europa...El hecho de que en Europa no existiera un imperio cohesionado..., permitió a los europeos beneficiarse de una estructura compuesta por Estados en competencia entre ellos”¹⁰.

⁷ Salaburu, P., Salaburu, P., *La Universidad en la encrucijada Europa y Estados Unidos*, Academia Europea de las Ciencias y las Artes, 2007, p. 37.

⁸ Vid. uno de los primeros trabajos publicados en España sobre competitividad y desarrollo económico y social: Ballbé, M.; Padrós, C., *Estado competitivo y armonización europea*, Ariel, 1ª ed. 1997.

⁹ Rivero Ortega, R., *El futuro de la Universidad*, Ediciones de la Universidad de Salamanca, 2021, p. 34.

¹⁰ Ballbé, M. y Padrós, C., *Estado competitivo...*, op. cit., p.37.

Así Jones¹¹ indica:

“la competencia latente entre estados continuó siendo una garantía mínima de que la diferencia entre un imperio y un sistema europeo de Estados no quedaría reducida a la simple diferencia que media entre un gran despotismo y un conjunto de pequeños despotismos. Un gran imperio que monopolizase los medios de coerción y que no estuviese amenazado por vecinos más avanzados tenía poco incentivo para adoptar nuevos métodos. Los estados de Europa por otro lado estaban rodeados por reales o potenciales competidores. Si el gobierno de uno de ellos era débil, ponía en peligro su propio prestigio y seguridad militar. Si un Estado con prejuicios políticos o religiosos excluía o expulsaba a un grupo de emprendedores o trabajadores que no eran de su agrado, otros estados con diferentes estructuras o más tolerantes podrían requerir sus servicios o estar abiertos a sus ofertas. El sistema de estados era un seguro contra el estancamiento económico y tecnológico. Era como si hubiese un tipo de mecanismo equilibrador para el flujo de ideas elevando constantemente el nivel del conocimiento”.

La competencia como valor democrático ya ha sido puesta de manifiesto por autores clásicos entre los que se encuentra David Hume (siglo XVIII)¹²:

“nada hay tan favorable para el auge de la civilización como la competencia entre estados vecinos y su emulación....Nada tan corriente entre estados que han hecho algún progreso en el comercio como mirar con recelo a sus vecinos, considerarlos rivales suyos y suponer que ninguno puede prosperar sino a expensas de los demás. Frente a la opinión tan mezquina y torcida, me atrevo a afirmar que el aumento de la riqueza y el comercio de una nación no sólo no perjudica, sino que de ordinario fomenta los de sus vecinos, y que es difícil que un país pueda alcanzar grandes progresos si los que le rodean se hallan hundidos en la ignorancia, la indolencia y la barbarie”.

Lo que viene a demostrar que, el mayor o menor prestigio las universidades, al ser muchas de ellas públicas redundaba en un mayor prestigio del Estado.

La teoría de Montesquieu de separación de poderes fue desarrollada en el diseño constitucional estadounidense. Los arquitectos del Estado federal norteamericano extienden una separación vertical de poderes, entre poderes territoriales, centrales, estatales y locales. Los federalistas ven en la competencia entre organizaciones, públicas o privadas, un sistema de incentivo que hará aflorar el interés general. En este sentido Epstein¹³ afirma que “el elemento de competencia entre distintos estados es un elemento inseparable de cualquier sistema federal”.

En el sistema democrático pluralista, dónde tiene mayor protagonismo el individuo, los grupos y los poderes públicos descentralizados, la competencia se convierte en uno de los elementos dinamizadores del sistema, puesto que cada unidad política o administrativa tendrá:

“un incentivo para hacer mejor que las demás en términos de niveles y calidades los servicios, de niveles impositivos y de los indicadores económicos y sociales más generales”¹⁴.

¹¹ Jones, E.L., “The European Miracle. Environments, economies and geopolitics” in *the history of Europe and Asia*, ed. Cambridge, 1987, pp. 118 y 119.

¹² Hume, D., *Ensayos políticos*, Ariel, Barcelona, 1975, p. 102.

¹³ Epstein, R. A., “Exit Rights under Federalism”. *Law and Contemporary Problems*, vol. 55, nº 1, 1992, p. 50.

¹⁴ Salmon, J., “Decentralisation as an Incentive Scheme”, *Oxford Review of Economic Policy*, vol. 3. nº 2, 1987, p. 32.

Como observamos, una de las ventajas del sistema federal es la competencia entre los sistemas institucionales. La construcción federal permite el método de ensayo y error, que no es posible en estados con regímenes centralizados.

La confrontación debe ser una confrontación cívica y está en la base del progreso científico, cultural, tecnológico y económico de cualquier país democrático.

La competencia es un principio cívico y social y un valor consustancial al sistema democrático pluralista, por lo que no es monopolio exclusivo de los economistas. Para reafirmarnos en esta posición utilizaremos las palabras del premio Nóbel de Economía, Stigler¹⁵:

“aunque no hay duda de que la competencia, y de forma más general la rivalidad, tiene una historia enormemente más larga en la literatura política que en la económica, sin embargo ha sido objeto de un análisis teórico y empírico más extenso en la economía”.

La competición ha sido la clave del progreso de la democracia, ha sido la técnica del progreso gracias a la competición basándonos en la información, programas y gestión realizada durante años que les ofrecen los partidos y así ha sido desde su nacimiento.

Derek Bok, nos da la explicación de por qué la competición no tiene resultados en la educación:

“La competencia no tiene resultados óptimos en la educación superior universitaria es porque los estudiantes no pueden evaluar adecuadamente las diferentes opciones que se les ofrecen. Una vía para resolver este problema se podría intentar mejorando los métodos que elaboran los muy conocidos rankings públicos tales como el de US News y World Report, que es la guía de ayuda para la elección de los estudiantes y sus familias y que afecta y condiciona al comportamiento institucional”¹⁶.

Y continua el citado autor:

“Hasta el presente estos rankings sobre medidas se basa sobre ítems tales como los test estandarizados o las opiniones de expertos de otras instituciones”¹⁷.

“Ninguno de estos estándares de cumplimiento asegura ningún reconocimiento a las instituciones que tratan de mejorar la calidad de su educación, por ello no es sorprendente que estudios recientes revelen que los rankings de la prensa citada tienen poca influencia”¹⁸.

Se ha criticado que solo el hecho del ranking no resuelve todos los problemas o que incluso no es un estímulo para que las universidades mejoren, porque estas evaluaciones no evalúan aspectos concretos como son programas de reformas, de investigación de tal o cual aspecto de la enseñanza en esa universidad.

“Solo cuando la competencia es comprensible y los estudiantes están bien informados sobre sus opciones y sus necesidades se consigue el primer resultado de la educación y motivo de provecho de la misma”¹⁹.

¹⁵ Stigler, G.J., “Economic competition and political competition”, *Public Choice*, otoño 1972, p. 91.

¹⁶ Bok, D., *Universities in the Marketplace...*, op. cit., p. 178.

¹⁷ Bok, D., *Universities in the Marketplace...*, op. cit., p. 180.

¹⁸ Bok, D., *Universities in the Marketplace...*, op. cit., p. 179.

¹⁹ Bok, D., *Universities in the Marketplace...*, op. cit., p. 178.

“Ningún responsable observa las reclamaciones de que los profesores de universidad ponen atención insuficiente a la calidad de su enseñanza y de que sus programas educativos no sirven a los intereses de sus estudiantes, una nota común es que indican que las clases son pasivas y aburridas y el feedback con los estudiantes es a menudo inadecuado”²⁰.

Estudios recientes revelan que la calidad de la enseñanza y de la educación ha dado pasos muy pequeños en la dirección adecuada, habría que complementar los ranking convencionales con una evaluación sobre lo que cada institución hace para extender los métodos de enseñanza y aprendizaje reconocidos como más efectivos, también se evalúa que grado de interacción existe entre profesores y alumnos, si las clases son participativas, etc.

“Las evaluaciones no solo proporcionan un útil feedback a los instructores en todos los niveles sino que también es una fuente de motivación porque pocos miembros del cuadro de profesores quieren aparecer públicamente etiquetados como mediocres en una publicación oficial de este campo”²¹.

Competición entre alumnos

La educación sin evaluación no existe, la evaluación es un derecho fundamental al reconocimiento al mérito y la capacidad²². No hay nada más inherente a la universidad que la evaluación, la educación es la suma de enseñanza y evaluación.

Desde el punto de vista histórico la evaluación nunca estuvo fuera de la educación, ya que es la manera de reconocer los conocimientos asimilados por cada uno de los estudiantes, es un sistema de reconocimiento y estímulo a los que se esfuerzan, y fomentan el derecho a la igualdad. Vemos pues que, los sistemas de garantía de calidad son inherentes a la institución universitaria desde su nacimiento.

El principio inherente a la naturaleza de la Institución Universitaria es la nota o calificación. La nota, que es esencial para medir el desarrollo científico de los estudiantes por parte del profesor. Claramente nos encontramos con un instrumento de competición entre estudiantes, la nota o calificación.

Pues bien, si esto es así, ¿por qué, si la nota es un sistema de evaluación y competición no lo hemos tenido en cuenta? La respuesta la encontramos en la gran influencia canónica sobre el sistema universitario. El derecho canónico es dogmático y monopolista, no admite en su cultura una diversidad. La cultura canónica, en teoría, es anti-competencia y anti-protagonismo del individuo, así la competencia ha sido vista casi como pecado de soberbia y de ambición. Esto es una contradicción con la práctica habitual de las universidades y seminarios de la Iglesia católica, donde se fomenta la competición por una mayor nota o calificación.

La competición ha estado siempre dentro de la Iglesia católica, a pesar de que niegan la competición, así hemos visto a lo largo de su historia y lo seguimos viendo en la actualidad, la competencia entre las ordenes religiosas que competían y compiten entre sí. Por citar un ejemplo, la Compañía de Jesús frente a la crisis que supuso para

²⁰ Bok, D., *Universities in the Marketplace...*, op. cit., p. 178.

²¹ Bok, D., *Universities in the Marketplace...*, op. cit., p. 182.

²² Jiménez Tello, P., *Auditoria Universitaria...*, op. cit., p. 346

la Iglesia la aparición del protestantismo. En la actualidad la primacía del Opus Dei²³, sobre la Compañía de Jesús²⁴. Ambas instituciones, tienen marcado contenido religioso y cultural.

La Iglesia rechaza la competición y la diversidad dentro de ella, pero de hecho ella, precisamente debe su dinamismo a la competencia entre los órganos que surgen en ella. Otro ejemplo claro es la teoría de la liberación, movimiento teológico contemporáneo, que nació en Latinoamérica después del Concilio Vaticano II. La Iglesia, sin la existencia de este movimiento, hubiera perdido adeptos en Latinoamérica, pero en el mismo ámbito hay otro sector de la Iglesia más tradicional al que apoya otro sector más conservador, luego vemos una lucha por la competencia.

Otra prueba irrefutable de que la evaluación, auditoría y competición no son asimilables a privatización y a la introducción de técnicas economicistas de la empresa es observar el funcionamiento de los movimientos más antimercado como son las Organizaciones no gubernamentales (ONG) que funcionan, no mediante una cooperación entre ellas, sino todo lo contrario en una competencia por innovar en políticas sociales, en una mejor o peor gestión de servicios públicos, educación, sanidad, etc. Y por tanto, la clave del sistema social más progresista es la constatación de que estas ONG funcionan sin reconocerlo a través de un sistema de competición entre ellas, dónde el ciudadano solidario elige y optando entre las diferentes ONG en competencia evaluando, calificando cual de ellas lo hace mejor o se identifica con sus ideas y objetivos, cual gestiona mejor las aportaciones que los donantes solidarios realizan por tanto están sometidos a una evaluación por parte de los ciudadanos que ante cualquier catástrofe o crisis optan por entregar dinero a una de las ONG en competición.

Se trata de desmitificar la forma simplista de asociar el concepto de competición con el mercado económico, privatización y extrapolación de las empresas privadas en la pública reconociendo que la competición, la evaluación son principios inherentes a la naturaleza de las Instituciones democráticas. Este es el caso competitivo entre las ONG (lo que no es excluyente de que haya que exista cooperación en algunos aspectos entre ellas) apoyándose en las premisas de que la competición y evaluación son los principios inherentes de los movimientos más progresistas en la aplicación de nuevas políticas sociales y solidarias en la globalización gracias a técnicas de competición por evaluación.

Evaluación igual a notas. Es necesario introducir unos principios humanocéntricos frente a los principios sociocéntricos (fruto de las sociedades autoritarias).

La base de la seguridad jurídica y del Estado Moderno, como destaca Douglas North²⁵ (premio nóbel de economía en 1993), en relación al reconocimiento de la propiedad intelectual, esta es un derecho protegido. El derecho de propiedad

²³ Prelatura personal de la Iglesia católica, fundada en Madrid el 2 de octubre de 1928 por José María Escrivá.

²⁴ Orden religiosa de la Iglesia Católica fundada en 1540 por Ignacio de Loyola, cuyos miembros son conocidos como jesuitas.

²⁵ Historiador y economista estadounidense, está considerado como uno de los iniciadores de la teoría económica. Ha sido asesor de varios Gobiernos. Sus investigaciones se centran en el papel de las instituciones en el crecimiento económico. Autor de obras como *El crecimiento del mundo occidental*, *Una nueva historia económica* y *Estructura y cambio en Historia Económica*.

intelectual es un avance frente a la desprotección anterior que propiciaba el plagio y desestabilizaba el experimento innovador. La introducción de la Ley de patentes en 1605 y la creación de tribunales mercantiles especializados en estas materias, no solo fue un instrumento de evaluación y reconocimiento del autor, si no que lo transformó en un auténtico derecho de propiedad intelectual frente a los oportunismos de los que querían robar esos derechos. También es, en el fondo, un reconocimiento no solo al individuo sino a la instauración de un sistema de reconocimiento jurídico y de seguridad humana. Se reconoce el derecho de evaluación humana a la creatividad y reconocer quien es el propio autor y propietario.

En definitiva, abogamos por la importancia del Estudio y conocimiento de códigos, conceptos y técnicas inherentes a los sistemas de evaluación como clave del reconocimiento de las universidades y como clave internacional de la ordenación de la competencia.

COMPETICIÓN ENTRE UNIVERSIDADES

Las universidades están en situación de competencia constante con el resto de las otras universidades, es decir, luchan por situarse en una posición cada vez más ventajosa²⁶. Se esfuerzan por conseguir los mejores alumnos e investigadores, los mejores docentes, la mejor financiación, las mejores infraestructuras, así como conseguir premios y reconocimientos internacionales.

Refiriéndose a los estudiantes, el informe elaborado para la Comisión Europea de Universidades “Tendencias 2003” muy gráficamente describe la competencia para la captación de alumnos que deberán realizar las universidades:

“...En vista de la competencia existente en la captación de estudiantes internacionales, Las Instituciones de Enseñanza Superior se verán forzadas a diseñar técnicas de captación para poder situarse ventajosamente en el mercado internacional, incluso si estos esfuerzos son contrarios a la cultura y costumbres académicos *establecidos*”²⁷.

El mismo informe refiriéndose al personal investigador de las Instituciones de Enseñanza Superior indica:

“...La mayoría de los países han puesto en práctica una serie de medidas para impedir la fuga de cerebros y, al mismo tiempo, fomentar la captación de cerebros. La mayoría de las *Instituciones* de Enseñanza Superior todavía tienen que definir su propio perfil institucional con objeto de poder apuntar a los mercados correspondientes sus prioridades”²⁸.

Los rankings universitarios

La evaluación es una herramienta fundamental para el diagnóstico de las Instituciones de Educación Superior, así como para otorgar reconocimiento a las mismas. El ranking es el resultado de un proceso de evaluación apoyándose en a unos

²⁶ Jiménez Tello, P., Auditoria Universitaria..., op. cit., p. 349.

²⁷ Informe elaborado para la Comisión Europea de Universidades “Tendencias 2003”.

²⁸ Reichert, S., Tauch, C., Progreso hacia el Espacio Europeo de Educación Superior. Cuatro años después de Bolonia: Pasos hacia una reforma sostenible de la Educación Superior Europea, informe elaborado para la Asociación Europea de Universidades, (Traducción: A. Alcaraz Sintés), julio de 2003, p. 12.

indicadores establecidos previamente, realizado por diferentes organismos ubicados en diferentes países²⁹.

Es cierto reconocer que la metodología utilizada para la realización de los mismos, así como los indicadores son motivo de diversas discusiones en los ámbitos académicos; pero no es menos cierto que estos rankings tienen un gran atractivo a la hora de la elección de universidad por parte de las familias y estudiantes para realizar sus estudios, para recibir financiación y para definir las políticas educativas de su ámbito cultural por parte de los responsables de la educación Superior. En suma, por ellos tenemos que preparar a nuestras universidades para que puedan estar en esos primeros lugares de los rankings reconocidos mundialmente.

En este sentido van las palabras de Derek Bok,

“Por que la competencia no tiene resultados óptimos en la educación superior universitaria es porque los estudiantes no pueden evaluar adecuadamente las diferentes opciones que se les ofrecen. Una vía para resolver este problema se podría intentar mejorando los métodos que elaboran los muy conocidos rankings publicos tales como el de US News y World Refort, que es la guía de ayuda para la elección de los estudiantes y sus familias y que afecta y condiciona al comportamiento institucional”³⁰.

Como principio general al comenzar ha hablar de este tema debemos tener en cuenta que la calidad de las Universidades no se puede medir con números exactos.

Los rankings universitarios cobran cada vez más relevancia en el ámbito universitario internacional. Estos rankings como ya hemos indicado comenzaron su andadura hace varias décadas en Estados Unidos y los países anglosajones. Fuera de ese ámbito, a excepción de los reconocidos mundialmente de Asia y Japón, existe muy poca tradición en este campo.

Las Escuelas de Negocios, con el objetivo principal de reconocer las mejores, fueron las primeras que establecieron rankings para medir su calidad. La importancia de estas herramientas para el reconocimiento de las Escuelas de Negocios se comenzó pronto a aplicar a las Universidades públicas y privadas en el ámbito anglosajón.

Los rankings universitarios, tenían como misión servir de guía a las familias y estudiantes a la hora de elección de la universidad adecuada para su formación; a los profesionales para seguir su desarrollo profesional y a los empleadores como referencia para saber dónde deberían buscar los profesionales mejor cualificados para sus negocios. Por tanto, los rankings universitarios cobran cada vez más relevancia en el ámbito universitario internacional.

Cada uno de ellos está basado en un conjunto de criterios de calidad académica. Por supuesto que cada uno de los rankings elige los criterios o indicadores que cree que son más relevantes para la calidad académica.

²⁹ Webster, D. S., *Academia Ranking of American Colleges and Universities*, Charles C. Tomas, Springfield, 1986, cita tomada de “Estudio Internacional sobre criterios e indicadores de calidad de las Universidades, Madrid, Agencia de Calidad, Acreditación y Prospectiva de las Universidades de Madrid (ACAP), 2006.

³⁰ Bok, D., *Universities in the Marketplace: The Commercialization of Higher Education*, Princeton University Press, 2003, p. 178.

El resultado de estos procesos evaluativos comparativos es una clasificación de universidades en función de las puntuaciones obtenidas y, como consecuencia de ello el reconocimiento de las que han obtenido los primeros puestos.

Los responsables de uno de los rankings sobre Universidades de los Estados Unidos (USNews) indican que su ranking es un punto de partida de inicio para la elección final. Pero ellos mismos reconocen, que esta decisión final debe tener en cuenta otros factores intangibles, que no se pueden reducir solo a números, como son los aspectos de tipo personal, localización del campus, ayudas financieras, etc. y estos, que no pueden reflejarse en los rankings.

Derek Bok, apunta la mejora de los rankings como uno de los medios para que los estudiantes puedan tener más información a la hora de la elección para la realización de sus estudios, expresándose de la siguiente manera:

“Por que la competencia no tiene resultados óptimos en la educación superior universitaria es porque los estudiantes no pueden evaluar adecuadamente las diferentes opciones que se les ofrecen. Una vía para resolver este problema se podría intentar mejorando los métodos que elaboran los muy conocidos rankings publicos tales como el de US News y World Refort, que es la guía de ayuda para la elección de los estudiantes y sus familias y que afecta y condiciona al comportamiento institucional”³¹.

Con referencia a los rankings, indica Bok:

“Hasta el presente estos rankings sobre medidas se basa sobre items tales como los tests *estandarizados* o las opiniones de expertos de otras instituciones”³².

Y continua,

“Ninguno de estos criterios *promise* asegura ningún reconocimiento a las instituciones que tratan de mejorar la calidad de su educación. Por ello no es sorprendente que estudios recientes revelen que los rankings de la prensa citada tienen poca influencia como extensivamente las universidades que nuevas investigaciones han demostrado ser las más efectivas para mejorar los métodos de enseñanza y aprendizaje” Se ha criticado que solo el hecho del ranking no resuelve todos los problemas o que incluso no es un estímulo para que las universidades mejoren porque estas evaluaciones no evalúan aspectos concretos como son programas de reformas, de investigación de tal o cual aspecto de la enseñanza en esa universidad³³.

A la hora de elaborar los rankings, es importante tener en cuenta las demandas de los estudiantes, y eso no suele suceder,

“Sólo cuando la competencia es profunda y los estudiantes están bien informados sobre sus opciones y sus necesidades se consigue el primer resultado de la educación y motivo de provecho de la misma.” “Ningun responsable observa las reclamaciones sobre la *calidad* de las enseñanzas que imparten los profesores, y de si esos programas educativos sirven a los intereses de sus estudiantes, una nota comun es que indican que las clases

³¹ Bok, D., *Universities in the Marketplace...*, op. cit., p. 180.

³² Bok, D., *Universities in the Marketplace...*, op. cit., p. 180.

³³ Bok, D., *Universities in the Marketplace...*, op. cit., p. 179.

son pasivas y aburridas y el [feedback](#) con los estudiantes es amenudo inadecuado”³⁴.

Y, propone Bok,

“Estudios recientes revelan que la calidad de la enseñanza y de la educación han dado pasos muy pequeños en la dirección adecuada, habría que complementar los rankings *convencionales* con una evaluación sobre lo que cada institución hace para extender los métodos de enseñanza y aprendizaje reconocidos como más efectivos, también se evalúa que grado de interacción existe entre profesores y alumnos, si las clases son participativas, etc..”³⁵.

Y añade Bok,

“Las evaluaciones no solo proporcionan un útil *feedback* a los instructores en todos los niveles sino que también es una fuente de motivación porque pocos miembros del cuadro de profesores quieren aparecer publicamente etiquetados como mediocres en una *publicación* oficial en este campo”³⁶.

En consecuencia la calidad de la enseñanza y de la educación han dado pasos muy pequeños en la dirección adecuada, habría que complementar los rankings convencionales con una evaluación sobre lo que cada institución hace para extender los métodos de enseñanza y aprendizaje reconocidos como más efectivos, también se evalúa que grado de interacción existe entre profesores y alumnos, si las clases son participativas, etc.

En la actualidad existen rankings elaborados en todo el mundo y no solo referidos a aspectos generales de los centros universitarios sino también sobre aspectos concretos de los mismos, entre otros su respuesta al compromiso social.

Tipos de rankings

Podemos observar distintos tipos de rankings: A saber nacionales, internacionales, por continentes, o sobre otros aspectos, como pueden ser de carácter social. A su vez, dentro de cada una de las clasificaciones anteriores se puede encontrar otras subdivisiones. En el caso de los rankings internacionales, se puede hablar de ranking internacionales sobre unas titulaciones concretas o de rankings internacionales sobre todas las universidades existentes.

En Europa estos rankings, se vinculan más con el sistema educativo. Esto tiene su sentido ya que la visión de los estudiantes europeos es fijarse en la titulación concreta y después en la Universidad, no sucede lo mismo, en el caso de los Estados Unidos pues, los estudiantes norteamericanos, primero se fijan en una Universidad concreta, reconocida por su prestigio, y después en la titulación. Por tanto partimos de base de planteamientos bien distintos, en cuanto a la elección. Lo cual nos parece importante tener en cuenta a la hora de establecer indicadores comunes, como sería nuestra propuesta.

³⁴ Bok, D., *Universities in the Marketplace...*, op. cit., p. 178.

³⁵ Bok, D., *Universities in the Marketplace...*, op. cit., p. 182.

³⁶ Bok, D., *Universities in the Marketplace...*, op. cit., p. 182.

Expondremos a modo de ejemplo varios rankings de prestigio internacional, así como los indicadores que los mismos han elaborado para las respectivas clasificaciones que tanta repercusión tienen en el ámbito universitario internacional.

De entre los rankings generalistas e internacionales destacan:

- **El The Times Higher Education Supplement**³⁷ que ha publicado en febrero de 2005 el ranking de las mejores universidades del mundo.

El profesor Salaburu, se pronuncia con referencia a este ranking en los siguientes términos:

“La columna vertebral del estudio se basa en el “peer review”, la opinión de tus pares, siguiendo *una* metodología de larga tradición en el mundo académico”.

Este ranking, además del citado en el párrafo anterior, incluye otros factores, como son la orientación internacional o la frecuencia con la que se citan artículos de investigación de cada universidad, es decir da gran importancia a la investigación.

Este ranking se ha elaborado a partir de las opiniones de 2.375 académicos, representado de forma paritaria a las distintas áreas del saber, de 88 países del mundo, repartidos por tercios entre Asia, Europa y Estados Unidos, y que debían indicar que instituciones son las más valoradas.

Los indicadores, simples basados en la calidad docente e investigadora en la reputación internacional. Son cinco los indicadores establecidos para la elaboración de este ranking. Si, tenemos que indicar, que el peso no es igual para todos los indicadores.

A continuación enumeramos los indicadores con su correspondiente peso sobre el total de la puntuación.

- Los profesionales seleccionados debían indicar que instituciones valoran más (estos resultados los calibran en función de la experiencia profesional y geográfica de los encuestados, y suponía 1000 puntos de la nota final, es decir el 50% de la misma.

- Proporción de profesorado de origen internacional (100 puntos).

- Proporción de alumnos de origen internacional (100 puntos).

- Ratio profesor alumnos (400 puntos).

- Ratio citaciones de artículos/profesores basado en el Scential Science Indicators de Thompson Scientific (400 puntos).

Tabla: The Times Higher Education Supplement

Indicadores:	Puntuaciones:
Juicio de Expertos	50%

³⁷ <http://www.thes.co.uk/worldranking/>

Investigadores más citados en ISI: número de citas del profesorado de la Institución	20%
Ratio Profesor/alumno	20%
Alumnos Internacionales	5%
Docentes Internacionales	5%
Total	100%

El ranking establece las 200 mejores universidades del mundo.

- El de la Shanghai Jiao Tong University.

Este ranking incluye en su forma de medición aspectos de prestigio como es la publicación de artículos en determinadas revistas científicas, los premios Nóbel que han estudiado en cada Universidad o la presencia de reconocidos investigadores entre su equipo. En el se habla de universidades de todo el mundo y también se hace una clasificación por continentes.

Refiriéndose a este ranking, el profesor Pello Salaburu, indica:

“Los criterios que utiliza, como siempre, pueden ser discutibles. Son quizás excesivamente simples y muy orientados a la investigación: la publicación de un par de artículos en *Nature* o en *Ciencia* o la incorporación de un Premio Nóbel al claustro de profesores puede tener repercusiones espectaculares en la lista. Pero, en cualquier caso, hay que admitir que no resulta fácil publicar en esas revistas, y menos contratar a un Nóbel”³⁸.

Al igual que en el ranking *The Times Higher Education Supplement*, este ranking establece cinco indicadores para su elaboración. Igual que en el anterior, no es igual para todos los indicadores.

A continuación enumeramos los indicadores con su correspondiente peso sobre el total.

- Alumnos de la Institución que han obtenido el premio Nóbel y Medallas Académicas.
- Número de docentes de la Institución que han obtenido el Premio Nóbel y Medallas Académicas.
- Número de investigadores más citados dentro del campo de su especialización.
- Número de artículos publicados en las Revistas *Science* y *Nature*.
- Calidad de los artículos. Número de artículos en ISI.
- Tamaño de la Institución.

Tabla: Raking de Shanghai Jiao Tong University

³⁸ Salaburu, P., *La Universidad en la encrucijada...*, op. cit., p. 490.

Criterio	Indicadores	Puntuaciones
Calidad de Educación	Alumnos de la Institución que han obtenido el premio Nóbel y Medallas Académicas	10%
Calidad de la Institución	Número de docentes de la Institución que han obtenido el Premio Nóbel y Medallas Académicas	20%
	Número de investigadores más citados dentro del campo de su especialización	20%
Investigación Output	Número de artículos publicados en las Revistas Science y Nature	20%
	Calidad de los artículos. Número de artículos en ISI	20%
Tamaño de la Institución	Tamaño de la Institución	10%
Total		100%

Este ranking establece las 500 mejores universidades del mundo.

Otros rankings de carácter generalista son:

- En Estados Unidos, el ranking de la revista **U. S. News**, es de gran tradición. En el que se valoran aspectos como la asistencia personalizada al alumno, los recursos de la Universidad o la continuidad de los estudiantes durante todo el ciclo formativo, número de alumnos admitidos, número de alumnos egresados.

Aunque, como indica Salaburu, este se realiza:

“...De acuerdo a variables que no siempre se repiten del mismo modo (a modo de ejemplo, hubo cambios sustanciales en los parámetros utilizados en el año 2000 con respecto a los *utilizados* en el año anterior...Los cambios introducidos en los indicadores elegidos general alteraciones en las listas que son interpretadas, siempre que la institución se coloque en una posición más alta, como consecuencia de los aciertos de sus gestores, mientras que los descensos son achacados a las debilidades del sistema elegido para medir”³⁹.

Este ranking establece siete indicadores, a los que no otorga el mismo peso en la puntuación sobre el total.

³⁹ Salaburu, P., La Universidad en la encrucijada..., op. cit., p. 498.

Los indicadores con su correspondiente peso sobre el total, son:

- Reputación académica.
- Capacidad de retener al alumnado.
- Recursos de profesorado.
- Selectividad del alumnado.
- Recursos financieros.
- Tasa de graduación.
- Donaciones ex alumnos.

Tabla: U.S. News

Indicadores:	Puntuaciones:
Reputación académica	25%
Capacidad de retener al alumnado	20%
Recursos de profesorado	20%
Selectividad del alumnado	15%
Recursos financieros	10%
Tasa de graduación	5%
Donaciones ex alumnos	5%
Total	100%

El ranking de Asiaweek.

Es un ranking establecido en Asia para reconocer las mejores universidades de su propio país, este ranking se realiza sobre la base de cinco criterios: calidad académica, nivel de estudiantes admitidos, recursos, producción de investigación y recursos financieros.

Este ranking, ha establecido cinco indicadores, al igual que prácticamente todos los ranking cada indicador con distinto peso sobre el total. Los indicadores establecidos por este ranking son:

- Juicio de expertos.
- Selección de estudiantes.
- Recursos de la Universidad.
- Investigación.
- Recursos financieros.

Tabla: Ranking Asiaweek

Indicadores:	Puntuaciones:
Juicio de expertos	20%
Selección de estudiantes	25%
Recursos de la Universidad	25%
Investigación	20%
Recursos financieros	10%
Total	100%

Existe un ranking mundial específico para Escuelas de Negocios dentro del ranking de Ranking Asiaweek importante y con una gran repercusión.

Tabla comparativa de indicadores de los rankings que hemos expuesto en este trabajo

The Times Higher Education Supplement	Raking de Shanghai Jiao Tong University	U.S. News	Ranking Asiaweek
Juicio de Expertos	Alumnos de la Institución que han obtenido el premio Nóbel y Medallas Académicas	Reputación académica	Juicio de expertos
<i>Investigadores más citados en ISI: número de citas del profesorado de la Institución</i>	Número de docentes de la Institución que han obtenido el Premio Nóbel y Medallas Académicas	Capacidad de retener al alumnado	Selección de estudiantes
Ratio Profesor/alumno	<i>Número de investigadores más citados dentro del campo de su especialización</i>	Recursos de profesorado	Recursos de la Universidad

Alumnos Internacionales	<i>Número de artículos publicados en las Revistas Science y Nature</i>	Selectividad del alumnado	<i>Investigación</i>
Docentes Internacionales	<i>Calidad de los artículos. Número de artículos en ISI</i>	Recursos financieros	Recursos financieros
	Tamaño de la Institución	Tasa de graduación	
		Donaciones ex alumnos	

Del análisis comparativo de los indicadores de los rankings citados, a excepción del ranking **U.S. News**, el único indicador común, es el indicador referido a la investigación y producción científica. El resto de los indicadores no son coincidentes.

Entre los rankings sobre estudios concretos, destacan los destinados a valorar las escuelas de negocios de todo el mundo:

- El de Wall Street Journal.
- Forbes.
- B-School para Alemania.
- Ranking de América Económica para América Latina.

Ranking de compromiso social:

Este tipo de ranking utilizar variables para clasificar a las Universidades a temas vinculados con el compromiso social.

- Center of Excellence women and Science, en Alemania que elabora un ranking de las Universidades a la existencia de paridad de géneros, especialmente en el ámbito docente y directivo.
- New Mobility Magazine, elaboró un ranking de las Universidades en estados Unidos que disponen de mejores instalaciones para estudiantes discapacitados.
- El Journal of Blacks in Higher Education, en Estados Unidos dónde realiza un ranking dónde más integrado se encuentra el colectivo afro-americano y lo hace en el ámbito de alumnado y profesorado.

Con referencia a nuestro país tenemos que decir que no es fácil encontrar ranking de universidades pues, a diferencia de EEUU, en España no ha existido esa tradición. Sí han comenzado hace pocos años a elaborarse algunos rankings pero necesitan un rodaje y, según los expertos, existen en los mismos algunos errores metodológicos, aunque en honor a la verdad debemos decir que cada año van corrigiendo alguno de esos defectos, y sobre todo, es buena su existencia pues es una herramienta más para potenciar la calidad universitaria.

La ANECA realiza una encuesta cuyo resultado publica. No se trata de un ranking, pero sí sirve como reflejo de la situación en la que se encuentran nuestras universidades. Esta encuesta también es cuestionada en algunos ámbitos.

Del ranking generalistas que hemos visto al comienzo de esta apartado, podemos observar la siguiente información: en el ranking The Times Higher Education Supplement del año 2021 de las Universidades Española: La Universidad Pompeu Fabra, Autónoma de Barcelona y la Universidad de Barcelona; en el ranking establecido por la “Universidad Jiao Tong” de Shangái (China) en el ranking de 2021, aparece igualmente la Universidad Autónoma de Madrid como la mejor situada de las Universidades españolas son: Autónoma de Madrid, Politécnica de Valencia, Universidad del País Vasco, Pompeu Fabra, Universidad de Valencia, Universidad de Salamanca y la de Santiago de Compostela.

Exceptuando Gran Bretaña, de la que hablaremos en el apartado de las Universidades angloamericanas, las universidades que se sitúan por encima de las españolas son las suizas, Universidad de Zurich, de Bases, de Berna, de Ginebra y Lausanne; las holandesas, Universidad de Utrech, Leiden, Ámsterdam, Groningen, Erasmus; las alemanas, Universidad de Munich, Heidelberg, Goettingen, de Friburgo, Humboldt de Berlín, Bonn, Frankfurt, Hamburgo, Kiel, Muenster o Tuebingen...; las suecas, Universidad de Karolinska Estocolmo, de Uppsala, de Estocolmo y Goteborg; así como otras de Francia, Dinamarca, Rusia, Noruega, Finlandia, Austria, Italia o Bélgica.

Toda sociedad sería tiende no solo a mejorar su política en materia de educación, investigación científica y tecnológica, sino que tanto, o más importante, es su evaluación estudiando y adaptándola a los estándares de calidad que están imperando en el mercado.

Por mucho que mejoremos la educación y la investigación puede llevarnos sorpresas al no estar situados en los primeros lugares, y ello por no haber tenido en cuenta los estándares establecidos por esas organizaciones que hoy lideran el mercado del ranking universitario. Es aquí donde nos jugamos la calidad universitaria pues los padres de los estudiantes cuando quieren enviar a un hijo a estudiar, bien sea en su propio país, o bien fuera de él, toman como referencia el ranking establecidos por estas organizaciones, por ello debe hacer el esfuerzo de adaptar nuestras mediciones a los estándares establecidos por estas organizaciones que priman en el cuanto a los rankings internacionales.

Al margen de la relación que existe entre el grado de desarrollo del país en que se encuentran situadas, teniendo en cuenta lo expuesto, ya no resulta extraño que entre las diez primeras se encuentren siete universidades norteamericanas, dos del Reino

Unido y una de Suiza, otro dato que se desprende del informe es que de las 200 universidades situadas en el ranking más de la mitad de las mismas son norteamericanas (62), o este 50% de la lista se encuentre en solo cuatro países, como son Estados Unidos, Reino Unido, Alemania y Australia, ellos son los países que más fuerte han apostado por la Educación, lo importante es que siguen el código de los indicadores establecidos y aceptados internacionalmente.

Aunque sorprende que en el citado ranking de la Universidad de Jiao Tong, que entre las veinte Universidades con mayor calidad en todo el mundo se encuentre 17 norteamericanas, como Harvard y Stanford; dos inglesas, Cambridge y Oxford y una japonesa la Universidad de Tokio y a partir de esos puestos siguen en mayor número las Universidades angloamericanas. Del análisis de este informe se observa que las Universidades angloamericanas ocupan los primeros puestos del mismo. Este hecho de que ninguna universidad europea (exceptuando las del ámbito anglosajón) se encuentre en los primeros puestos del ranking lo que nos lleva a pensar que algo sucede, y ello se ha justificado por el retraso universitario de Europa continental.

La tesis que se mantiene en este trabajo de investigación es que muchas de las universidades europeas, y por supuesto españolas, estarían situadas entre las primeras si tuvieran conocimiento y reconocimiento de la clave. La clave está en adaptarse lo más rápidamente posible a las técnicas propias del sistema angloamericano o de cualquier otro organismo internacional que se haya acreditado formalmente o informalmente en este ámbito. Las universidades angloamericanas no es que sean mejores o peores sino que sus técnicas de auditoría, que funcionan en el mundo, apenas son conocidas en Europa. El motivo no es que las Universidades europeas sean de baja calidad, en cuanto a los resultados de este ranking, sino por una cuestión casi meramente de carencia de metodología en la evaluación y por no haberse dado cuenta que la introducción del código de conceptos y la técnica aparejada de auditoría y evaluación son la clave para la identificación y reconocimiento de su calidad en el mundo. Por ello, hay que hacer una reflexión: y esta es que o bien no conocen los indicadores o no le dan la importancia que se merecen.

El ejemplo lo tenemos claro, en las Escuelas de Negocios españolas que han incorporado los indicadores de los rankings internacionales más prestigiosos en ese campo y sus reglas. Por ello se encuentran situadas en los primeros puestos, como es el caso de la Escuela de Negocios IESE de la Universidad de Navarra, Escuela de Negocios ESADE y el Escuela de Negocios Instituto Empresa IE, entre otros. El IESE, en el ranking mundial de programas MBA publicado cada año por Economist Intelligence Unit (EIU) en el 2006 se ha situado en el primer puesto de las Escuelas de Negocio y las restantes citadas, entre los primeros puestos. Esto reafirma nuestra postura respecto a que es necesario conocer e introducir los indicadores de los principales rankings internacionales para poder competir, pues así jugaremos todos con las mismas reglas, aunque nuestra propuesta va más allá y es que estos indicadores se pacten de manera recíproca entre todas las universidades.

En definitiva, muchas de nuestras universidades podrían estar situados en los primeros lugares de estos rankings si conocieran estos indicadores y si orientarán sus políticas educativas en ese sentido, como venimos repitiendo a lo largo de este trabajo.

Esta abulia a adaptarse lo más rápidamente a estos estándares que ya se conocen no es aplicada con rapidez para adaptarse a ellos. Aquí si el Ministerio y la ANECA tienen que hacer un gran esfuerzo para incorporar estos estándares a nuestro sistema universitario, al igual que lo tienen que hacer los países de la Unión Europea o negociar los estándares que deben figurar en este ranking para jugar todos con las mismas reglas.

Ahora bien, el que en nuestro ámbito cultural no tengamos tanta experiencia en esta herramienta importantísima para el reconocimiento de nuestras universidades no quiere decir que no tengamos que establecer políticas educativas dirigidas y orientadas sobre estos indicadores para mejorar nuestra situación dentro de este ranking de reconocido prestigio internacional. No podemos mantenernos al margen de ellos y dedicarnos a elaborar otros rankings, lo que tenemos que hacer si queremos competir en el mundo globalizado es dotar a nuestras instituciones de las herramientas necesarias para poder competir con las Instituciones de Educación Superior y adaptar nuestros sistemas a las medidas internacionales

Sería muy conveniente y, dado que estamos en un mundo globalizado, que todos los países, analicen los indicadores que mejor puedan ayudar a mostrar la calidad universitaria y acuerden medir la calidad con unos indicadores comunes, y ello nos llevará a un verdadero ranking de calidad universitaria ya que todas serán medidas apoyándose en criterios comunes pactados entre todas las universidades a nivel global.

REFERENCES

Ballbé, M.; Padrós, C., Estado competitivo y armonización europea, Ariel, 1ª ed. 1997.

Bok, D., The cost of talent: How Executives and Professionals Are Paid and How It Affects America, The Free Press, New York, 1993.

Epstein, R. A., "Exit Rights under Federalism". Law and Contemporary Problems, vol. 55, nº 1, 1992.

Gary-Bobo, R., "L'économie Politique Simplifiée du Mammouth, II: Efficacité Sociale of Concurrence entre Universités », Working Paper THEMA, Université Cergy-Pontoise (1998), citado en Elena del Rey.

Hume, D., T, Ariel, Barcelona, 1975.

Jiménez Tello, P. Auditoria Universitaria y Calidad : La evaluación como conquista social ante la Competencia Universitaria Global, Germany, Ed. VDM Verlag Dr. Müller, 2009.

Jones, E.L., "The European Miracle. Environments, economies and geopolitics" in *the history of Europe and Asia*, ed. Cambridge, 1987.

Priests, C., *El prestigio*, (traducción: Francesca Borsani), Minotauro, Barcelona, 2007.

Reichert, S., Tauch, C., Progreso hacia el Espacio Europeo de Educación Superior. Cuatro años después de Bolonia: Pasos hacia una reforma sostenible de la Educación Superior Europea, informe elaborado para la Asociación Europea de Universidades, (Traducción: A. Alcaraz Sintés), julio de 2003, p. 12.

Rivero Ortega, R., El futuro de la Universidad, Ediciones de la Universidad de Salamanca, 2021.

Salaburu, P., *La Universidad en la encrucijada Europa y Estados Unidos*, Academia Europea de las Ciencias y las Artes, 2007.

Salmon, J., "Decentralisation as an Incentive Scheme", *Oxford Review of Economic Policy*, vol. 3. nº 2, 1987.

Stigler, G.J., "Economic competition and political competition", *Public Choice*, otoño 1972.

"Tendencias 2003", Informe elaborado para la Comisión Europea de Universidades.

Webster, D. S., *Academia Ranking of American Colleges and Universities*, Charles C. Tomas, Springfield, 1986, cita tomada de "Estudio Internacional sobre criterios e indicadores de calidad de las Universidades, Madrid, Agencia de Calidad, *Acreditación y Prospectiva de las Universidades de Madrid* (ACAP), 2006.



EXPORT CONTROL LAWS IN RECENT TRADE WARS: THE INFUSION OF SECURITY INTERESTS INTO COMMERCIAL SPHERE

*Cindy Whang¹,
Liziane Angelotti Meira²*

ABSTRACT

The structure of international export control agreements and domestic export controls have historically established a regime tailored to restrict the global proliferation of military-use goods and technology. The foundation of these export control regimes focused on building a consensus to form export control lists for national security interest that could be adopted into domestic export control laws.

The ongoing U.S.-Sino and South Korea-Japan trade wars have evolved the role of export control laws in its domestic application to trade. This paper discusses the two trade wars through the perspective of how export control regulations have been applied in them, and makes the argument that export control laws have now expanded beyond its original purpose of imposing regulatory restrictions on outbound movement of military-used goods and technology. The imposition of domestic export control laws against an important trading partner has translated into imposing trade restriction with commercial implications.

This paper outlines the basic framework of how international and domestic export control laws were structured, and how the recent trade wars highlight the change in ideology in how the export controls could be employed in a trade dispute. The increase use of domestic export control laws reflects a new method of encroaching on free trade that might have commercial impact on the global technology supply chain.

The article aims to bring this important debate on export control to the field of Brazilian academic debate and the construction of public policies.

Keywords: Export, technology, foreign trade, export control.

LEIS DE CONTROLE DE EXPORTAÇÃO EM GUERRAS COMERCIAIS RECENTES: A INTERFERÊNCIA DE INTERESSES DE SEGURANÇA NA ESFERA COMERCIAL

RESUMO

A estrutura de acordos internacionais de controle de exportação, bem como controles de exportação de natureza doméstica estabeleceram historicamente um regime feito sob medida para restringir a proliferação global de bens e tecnologia de uso militar. O fundamento desses regimes de controle de exportação concentrava-se na construção de um consenso para formar listas de controle de exportação para fins de segurança nacional que pudessem ser adotadas nas leis de controle de exportação domésticas.

¹ Assistant professor at Fu Jen Catholic University in Taiwan and the Interim Director for the School of Continuing Education Law Department.

² Professor, Researcher and Adjunct Coordinator of the Master Degree in Public Policy and Government at the School of Public Policy and Government of Fundação Getulio Vargas (EPPG/FGV).

As guerras comerciais entre EUA e China e Coreia do Sul e Japão trouxeram a aplicação das leis de controle de exportação para aplicação doméstica ao comércio internacional. Este artigo discute as duas guerras comerciais através da perspectiva de como as regulamentações de controle de exportação foram aplicadas e analisa o aspecto de que as leis de controle de exportação se expandiram além de seu propósito original de impor restrições regulatórias sobre o movimento de saída de bens e tecnologia de uso militar. A imposição de leis domésticas de controle de exportação contra um importante parceiro comercial se traduziu na imposição de restrições ao comércio com implicações comerciais.

Este artigo descreve a estrutura básica de como as leis de controle de exportação internacionais e domésticas foram estruturadas, e como as guerras comerciais recentes destacam a mudança na forma como os controles de exportação poderiam ser empregados em uma disputa comercial. O aumento do uso de leis domésticas de controle de exportação reflete um novo método de usurpar o livre comércio que pode ter impacto comercial na cadeia global de suprimentos de tecnologia.

Importante ter presente que o artigo tem por escopo trazer esse importante debate sobre o controle das exportações para o debate acadêmico brasileiro e também para construção de políticas públicas.

PALAVRAS CHAVE: Exportação, tecnologia, comércio exterior, controle da exportação.

1. INTRODUCCIÓN

The School of Public Policy and Government of the Getulio Vargas Foundation (FGV EPPG), as part of its 2021 FGV/EPPG Webinars invited professor Cindy Whang, assistant professor at Fu Jen Catholic University in Taiwan, to give a lecture on Export Control Laws. Professor Liziane Angelotti Meira participated in the event as a debater and brought some of the perspective of Brazil.

The event was extremely interesting and fruitful. Export control, as noted by Chapman³, is almost as old as the organization of human society. This is normally a concern of countries with more international power. There is actually a war, this paper will show. However, despite Brazil having some policies related to the export control of technology military-related military-use-goods, this important conflict has not been echoed in this country. It seems that Brazil has taken on a very passive role, the theme of export control is not yet explored either in academia or in the Brazilian social-political sphere.

Therefore, this research will analyze current and relevant aspects on the subject involving the United States, the European Union, China, Japan and South Korea, but always bearing in mind that this issue related to export control affects the whole world, particularly developing countries, technology importers such as Brazil.

In 2018, the United States imposed safeguard tariff on the imports of solar panels and washing machines that gradually escalated into an ongoing trade war between the

* The authors would like to thank Taiwan's Ministry of Science and Technology (Grant numbers: 110-2410-H-030-014- and 105-2410-H-030-011-) for supporting part of the research done in this paper.

³ "Nations have attempted to use export controls and other economic sanctions to achieve strategic objectives throughout history. During the Peloponnesian War, Athenian leader Pericles sought to impose a trade embargo on the Spartan allied state Megara banning it from access to Athenian markets and ports in 433/432 BC for killing an Athenian emissary and cultivating land consecrated to the Athenian harvest goddess Demeter." (CHAPMAN, 2013)

United States and China.⁴ As the trade war between the United States and China intensified, the export control measures that Japan imposed on semi-conductor-related materials being exported to South Korea in 2019 created trade conflict between the two countries.⁵ A special characteristic of these two trade wars has been the contribution and role that domestic export control laws have played in escalating the trade tension between the trading partners. Since export control laws have been viewed as an economic extension of a country's national security interests, restrictive trade measures that derive from these security concerns have generally been viewed as an exception of trade norms and allowed in international trade. However, in the recent trade wars, the application of export control laws seemed to have expanded beyond their traditional scope of application to military-related security concerns. The usage of these laws seemed have expanded to encroach upon commercial interests.

In an interconnected world where various countries are all linked to the global technology supply chain ecosystem, the increased use and changing role of export control regulations among these developed countries creates challenges for their trading partners. For Brazil and Taiwan that both have China, the United States, and Japan as their top trading partners,⁶ the changes made to export control will have both direct and indirect impact with these trading partners. This paper will discuss the role that export control regulations play in integrating the concept of national security interest into a country's domestic economic consideration, and how the international trade of commercial technology might be impacted by the change in how countries use their export control regulations. The paper will talk about the traditional roles of export control regimes, and how these export control regimes have changed in the recent years to achieve the political and economic goals of various governments. While outlining the ongoing changes made to export control regulations, it is important to analyze if the application of export control will fragment and impact the global technology supply chain.

2. THE TWO ELEMENTS OF EXPORT CONTROL LAWS AND REGULATIONS

The genesis of the export control regime was rooted in the international export control agreements that relied heavily on consensus-building between member states to prevent the non-proliferation of military-use technology. As such, there have been two elements of the export control regime that have stayed consistent from international export control agreements and domestic export control laws. The first element is the consensus-building element, and the second element is the focus on security-orientation. Both of these elements have been challenged severely in the recent changes made to export control regulation. Therefore, it is important to analyze what the two elements were in order to analyze how the role of export control had changed in the recent trade wars.

(A) Consensus-Building Element

The consensus-building element is a cornerstone to the establishment of international export control agreements. International export control agreements are

⁴ BOWN; and KOLB, 2017.

⁵ MINISTRY OF ECONOMY , TRADE AND INDUSTRY OF UNITED STATES, 2019-D.

⁶ MINISTRY OF ECONOMY BUREAU OF FOREIGN TRADE, 2020; and WORLD BANK, 2021.

non-binding international agreements established after World War II to restrict the proliferation of military-use goods. Currently, there are four international export control agreements that states can join: The Nuclear Suppliers Group,⁷ the Australia Group,⁸ the Missile Technology Control Regime,⁹ and the Wassenaar Arrangement.¹⁰ Of these four, Brazil is a member state of the Nuclear Supplier Group and the Missile Technology Control Regime. Participating states of these international export control regimes are countries that are capable of manufacturing or retaining export-controlled military-use and dual-use technologies.

Due to the sensitive nature of export control regimes as it restricts the trade of military-use and dual-use items, international export control agreements are non-binding agreements that have been viewed as a gentleman's agreement between the member states.¹¹ This meant that unlike other international instruments that create binding legal obligations, participating states of international export control agreements exert a high degree of self-determination in adopting the lists of export control items and technologies into their domestic laws. In order to facilitate a cohesive understanding and willingness to adopt the agreed upon international export control lists into domestic legislation, the items or technology subject to export control have been formed through the consensus of participating states of these international agreements.

The participating states of international export control agreements are more limited in number when compared with the state parties of a similar international treaty such as the Arms Trade Treaty.¹² This is due to the fact that a country is required to be a manufacturer of the military-use items or goods in order to join the international export control agreement as a member state, and as a result, it is important for countries to come to a consensus on how they want to regulate the items and technology. However, it should be noted that due to how specific the target of export control has been, the impact of imposing export control has been relegated to a very specific part of a country's overall trade concerns that is closely tied with a country's sovereignty and national security. This narrow definition is related to the national security concerns listed as an exception in international trade agreements such as the Article XXI Security Exceptions of General Agreement on Tariffs and Trade (GATT).

(B) Security-Oriented Element

When the Cold War between the United States and former Soviet Union intensified after World War II, the United States used various defense and economic policies to join allies together to combat the military threat of the Soviet Union. The United States along with its allies in Western Europe established the North Atlantic Treaty Organization for its common defense, and the international export control agreement formulated through the Coordinating Committee for Multilateral Export Controls (COCOM) was used to create a common list of items and technology that

⁷ Nuclear Suppliers Group, About the NSG, <http://www.nuclearsuppliersgroup.org/en/about-nsg/history1>.

⁸ Australia Group, The Origins of the Australia Group, <https://australiagroup.net/en/origins.html>.

⁹ Missile Technology Control Regime, Frequently Asked Questions, <http://mtcr.info/frequently-asked-questions-faqs/>.

¹⁰ MISSILE TECHNOLOGY CONTROL REGIME, 2017.

¹¹ OFFICE OF TECHNOLOGY ASSESSMENT, 1979.

¹² ARMS TRADE TREATY, 2021.

restricted specific items from being exported to the Soviet Union.¹³ Because COCOM was established under the Cold War security concerns, the export control lists agreed by COCOM were focused on restricting the trade of military-use and dual-use items and goods from being exported to the Soviet Union. The purpose of export control laws was aligned with an overarching security interest that the member states of COCOM shared, and the focus of implementing export control laws for security reasons have become a fundamental element in export control regimes.

The security-oriented element of export controls is reflected in the general scope of items and technology subject to export restrictions. The four international export control agreement that consists of the Nuclear Suppliers Group, the Australia Group, the Missile Technology Control Regime, and the Wassenaar Arrangement formulate their export control lists based on the respective military-use items and technology determined in the agreements. The security-oriented element places limits on the types of items and technology that would require government oversight in trade issues.

3. TRADE WARS AND THE CHANGING EXPORT CONTROL LAWS AND REGULATIONS

Recent international events have shifted the policy focus and application of export control laws and regulations. The use of domestic export control laws in the trade war between the United States and China and the trade hostility between South Korean and Japan reflect a shift in the ideology of how to determine security concerns as it relates to trade issues. The issue of determining what constituted as a security exception has been subject to governmental and scholarly debates in recent years, especially in light of the 2019 World Trade Organization's dispute settlement Panel report on the *Russian- Measures Concerning Traffic in Transit* case.¹⁴

For the European Union, the cybersurveillance technology that European corporations exported to the Middle East in light of the Arab Spring brought forth the discussion that human rights should be incorporated into the discussion of security concerns. This concept of "human security" was introduced as a policy element into the 2021 the European Union's Regulation (EU) No 2021/821 that became the dual-use export control regime for the European Union.

The combination of these three events established a trend where export controls laws are slowly evolving away from the consensus-building and security-oriented elements that used to be found in export control regimes.

(A) United States and China Trade War

In early 2018, the trade tension increased between the United States and China with the imposition of tariff on solar panels, eventually led to a trade war between the two countries focused on the technology.¹⁵ In the backdrop of China's "Made in China 2025" economic policy that was focused on boosting the technological manufacturing capability in several key industries, the United States Trade Representative (USTR) had issued a report in 2018 that found China to be gaining unfair competitive advantage by forcing the United States corporations to transfer technologies in their Chinese

¹³ MCDANIEL, 1993.

¹⁴ WORLD TRADE ORGANIZATION, 2019.

¹⁵ OFFICE OF THE UNITED STATES REPRESENTATIVE, Jan. 22, 2018.

investments.¹⁶ China's increase in technology capability would put them in direct global competition with the same industries from the United States.

As a result of this concern, the United States passed the Export Control Reform Act (ECRA) in August of 2018¹⁷ and created policy initiatives that strayed from the two elements established through previous export control regimes. One of the policy purposes was the inclusion of the pursuit of global technological leadership as a national security export control concern. ECRA stated that, "[t]he national security of the United States requires that the United States maintain its leadership in the science, technology, engineering, and manufacturing sectors... Such leadership requires that United States persons are competitive in global markets."¹⁸ ECRA's policy purpose makes it clear that the traditional focus of national security as defined by military concerns has been expanded to include economic elements of maintaining global leadership in the advancement of commercial technology. The original security-oriented focus of export control has been structured to be more inclusive of policy purposes beyond those of military-related items and technology.

This expansion of a security-oriented focus on trade restrictions has been reflected on the two new categories of emerging and foundational technology that ECRA created.¹⁹ While there have been no preclusion of allowing countries to structure their export control regimes in accordance with domestic needs under international export control agreements, ECRA's establishment of these two additional categories of technology have expanded the scope of the United States' domestic export control regime to potentially reach beyond those that have been formed by the consensus under international export control regimes. The unilateral application of these new categories of items and technology challenged the consensus-building element in export control regimes.

While the policy goal of ECRA was to establish the global leadership for the United States' technology industry, the implementation of identifying what should be export controlled as emerging technology and foundational technology has been met with great pushback from within the United States. In November of 2018, the Department of Commerce Bureau of Industry and Security (BIS) proposed fourteen categories of technologies to be categorized under emerging technologies,²⁰ only to be met with a barrage of comments from domestic technology industry associations, non-government organizations (NGOS), and universities within the United States that all opposed the proposal. Their resistance to the newly proposed categories were due to the wide-range of technologies included on the list and the dissonance that this new category of technologies might have with the international norms.²¹

The strong pushback from the industries have led to an inconclusive establishment of a separate emerging technologies list in the United States export control regime. However, as this technology category still exist under ECRA, BIS used this categorization to highlight specific technologies that international export control

¹⁶ OFFICE OF THE UNITED STATES REPRESENTATIVE, Mar. 18, 2018.

¹⁷ Export Control Reform Act of 2018, 50 U.S.C. § 4801.

¹⁸ Export Control Reform Act of 2018, 50 U.S.C. § 4811 (3).

¹⁹ Export Control Reform Act of 2018, 50 U.S.C. § 4817.

²⁰ Review of Controls for Certain Technologies, 82 Fed. Reg. 58201 (Nov. 19, 2018).

²¹ WHANG, 2021.

agreements such as the Wassenaar Arrangement had decided to restricted as emerging technology.²² Currently, an independent list using objective criteria for determining emerging technologies does not exist in the United States domestic export control regime, but the way ECRA revamped the United States' domestic export control legislation have changed the way that export control laws are applied. The United States used export control regimes as a method to address threats that have not been conventionally viewed as military-oriented national security concerns.

The United States used export control regulations to impose restrictions against Chinese technology firms on the basis of national security concerns in two ways. First, the United States indicated specific Chinese technology firms to be placed on their Entity List that would result in these corporations having to adhere to additional United States export license requirements while being limited to most license exceptions for Huawei's exports, reexports, and incountry transfers. Huawei Technology Co., Ltd. (Huawei), one the world's largest information and communications technology corporation, was the first commercially prominent Chinese firm that the United States placed on the Entity List in 2019.²³ Subsequently, other hi-tech Chinese firms such as the Semiconductor Manufacturing International Corporation Incorporated (SMIC) were also placed on the Entity List.²⁴ This hindered these corporations ability to freely export items and technology from the United States.

Second, the United States amended their Export Administration Regulations (EAR) to impose export control over foreign-produced items that contained technology from the United States when there is knowledge that the final items were destined to a designated entity on the Entity List.²⁵ This created an extraterritorial reach for the United States export control regime that sought to regulate items that were manufactured overseas by technology of U.S.-origin destined for entities on the Entity List. While this EAR amendment was meant for all foreign-produced products that fall under these criteria, Huawei was specifically mentioned by name as an entity subject to this rule, making it clear that the United States government had specific Chinese corporations in mind when they were making the regulatory amendments.²⁶

As the United States passed legislation and amended their regulations to impose export control restrictions on Chinese firms, China passed their own Export Control Law in 2020.²⁷ In the Xinhua News Agency press release discussing this legislation, Director Wang Ruihe of the National People's Congress Standing Committee Legislative Affair Commission Economic Law Department noted that passing the Export Control Law unified China's various export control regulations and align them with international norms.²⁸ Chinese legal scholars pointed out that most European and North American states have export control laws and that by having China pass the Export Control Law, it would clarified the ambiguity that might exist in export control

²² UNITED STATES DEPARTMENT OF COMMERCE BUREAU OF INDUSTRY AND SECURITY, Oct. 5, 2020.,

²³ UNITED STATES DEPARTMENT OF COMMERCE BUREAU OF INDUSTRY AND SECURITY, May 19, 2021.

²⁴ OFFICE OF THE UNITED STATES REPRESENTATIVE, Dec. 22, 2020.

²⁵ UNITED STATES DEPARTMENT OF COMMERCE, May 19, 2020.

²⁶ Id at 29850.

²⁷ PEOPLE'S REPUBLIC OF CHINA NATIONAL PEOPLE'S CONGRESS, 2020.

²⁸ YU, Jiaxin, Oct. 17, 2020.

matters for national security purposes.²⁹ While the Chinese coverage of the law makes no mention of whether or not the law was passed to counter the effects of the United States' use of ECRA, in an analysis that the United States Congressional Research Services wrote noted that certain articles in the law were trying to counterweight the United States export control regime that limited the transfer of dual-use technology from the United States.³⁰

In analyzing whether or not China's Export Control Law contained the consensus-building and security-oriented elements of export control regimes, Export Control Law Article 1 notably stated that the law was "established to safeguard national security and interests," emphasizing the security-oriented purpose of the Chinese law. However, even as the policy purpose seemed to conform with the security-oriented element of export control regimes, the Export Control Law Article 9 states that, "...[F]or the maintenance of national security and national interests and the performance of anti-proliferation and other international obligations, with the approval of the [specific government agencies], the [government] may exercise temporary control over any goods, technologies and services *outside* the export control lists..." (emphasis added) This article gave the Chinese government the authority of deciding what goods and technology are harmful to national security even if they are not on export control lists. This rule broke away from the consensus-building element found in other export control regimes and could be a result of the ongoing trade tension between the United States and China.

The ongoing trade war between the United States and China has resulted in the passing of new laws such as ECRA and the Export Control Law, and they reflect a shift in the use of national security concerns to impose trade restrictions that would impact commercial-use technology. In the case of the United States and China, this infringement on trade was done through a change in law. In the other case of the trade tension between Japan and South Korea, the export control laws themselves have not been changed, but the method of applying export control law arguable could be viewed to have shifted from how it was used previously. The following section discusses another way the export control has been used in recent trade tensions.

(B) Japan and South Korea Trade War

The official start of the trade conflict between Japan and South Korea began on July 1, 2019 when Japan removed South Korea from its "White Countries" list under the Export Trade Control Order and mandated exporters to apply for individual export licenses for fluorinated polyimide, resist, and hydrogen fluoride being exported to South Korea.³¹ Japan's "White Countries" list were countries that Japan viewed to be preferred trading partners, and the three products that were mandated for individual licenses were necessary for the production of semi-conductors.³² Japan declared that the change made to South Korea's export control trade status was made because it viewed South Korea's actions to undermine Japan's export control and regulation.³³ Subsequent press releases by Japan indicate a broader security concern related to South

²⁹ Id; and TAKUNGAO, Oct. 18, 2020.

³⁰ SUTTER, Oct. 26, 2020.

³¹ MINISTRY OF ECONOMY, Jul. 1, 2019.

³² MINISTRY OF ECONOMY, TRADE AND INDUSTRY, Aug. 2, 2019.

³³ MINISTRY OF ECONOMY, Jul. 1, 2019.

Korea's export control regime and the insufficiency of South Korea's catch-all export controls.³⁴

In truth, the increased hostility between Japan and South Korea started long before Japan's policy changes in 2019, and the policy change was often viewed as having stemmed from political issues rather than trade issues. When Japan occupied the Korean Peninsula prior to their defeat in World War II, the Japanese rule resulted in several ongoing disagreements between Japan and South Korea on how specific incidents should be determined and categorized. One of the such incidents was the 2018 South Korea Supreme Court's rule on the compensation that Japanese companies should give to Korean workers.³⁵ While Japan refutes political considerations as the reason for changing South Korea's trade partner status, South Korea contested Japan claim by stating, "Japan's restrictive measure is economic retaliation against Korean Supreme Court rulings issued last year. The Government deeply regrets that decisions of an independent judicial branch in a democracy can be considered grounds for economic regulations."³⁶ As the two countries were deadlocked on this trade issue, South Korea has brought this dispute before the WTO Dispute Settlement Body in 2019.³⁷ As of July 2021, reports from this case have not yet been released.

It should be noted that despite the way export control regime was used by Japan against South Korea, unlike the United States and China, Japan did not amend their Foreign Exchange and Foreign Trade Act, the legal basis of their export control regulations. The fundamental Japanese trade law was unchanged, but the application of export control changed from its original military security focus to be used as a form of economic statecraft. Japan's used of its export control regime further the blurred line between military security concerns and economic security concern in the deployment of export control regimes in trade issues.

(C) European Union's New Dual-Use Export Control Regulations

The European Union (EU) amended their Dual-Use Export Control Regulations in May 2021 under different circumstances and considerations unrelated to trade wars mentioned in the previous two sections.³⁸ A catalyst for amending the dual-use export controls was the Arab Spring democratic movement in the Middle East during the early 2010s that had reports stating that European companies were actually selling and providing cyber surveillance equipment to countries in the Middle East to monitor their dissidents.³⁹ This became a huge issue within the EU because these European companies assisted those governments in monitoring the dissidents and infringing on their human rights.

As a result, the debate of amending EU's dual-use export control regulation centered around the idea of imposing a "human security" consideration into the export control.⁴⁰ The "human security" element required that the export control regime be inclusive of the policy goal of protecting human rights. If the export of certain

³⁴ MINISTRY OF ECONOMY, TRADE AND INDUSTRY, Jul.24, 2019.

³⁵ KAWASE, Apr. 13, 2021.

³⁶ MINISTRY OF TRADE, INDUSTRY AND ENERGY, Jul. 2, 2019.

³⁷ WORLD TRADE ORGANIZATION, 2020.

³⁸ EUROPEAN PARLIAMENT, 20 May 2021.

³⁹ KANETAKE, 2019.

⁴⁰ EUROPEAN COMMISSION, Sep. 28, 2016.

European technology could harm the human rights of people in at the destination country, this technology should not be exported based on human rights concern.

The human security element was quickly met with immense pushback from EU's technology industry.⁴¹ These industries viewed the definition "human security" as being ambiguous and an unilateral export barrier specifically imposed by EU that would be detrimental to these corporation's global competitiveness. In having to consider human security as an export concern, it would expand the security-oriented element of export control regimes and also negating on the consensus-building basis of formulating lists under international export control regimes. The industries argue that they would have to take on more liability compared with their industry counterparts from other countries.

On May 21, 2021, the EU passed the new dual-use export control rules called "Regulation of the European Parliament and of the Council setting up a Union regime for the control of exports, brokering, technical assistance, transit and transfer of dual-use items (recast)." An important element that was included in this new regulation was the protection of human rights element that was established as a policy purpose for EU's dual-use export control regulations. However, compared with the original draft proposal where EU's dual-use export control regime would be triggered if the end-use of an item or technology would infringe human rights, EU Regulation 2021/821 established a more concrete focus on the prevention of human rights violation to a type of technology. In EU Regulation 2021/821 Article 5, cyber-surveillance items were specifically singled out as the technology that could be given specific export control review for their potential use in violating human rights and international humanitarian law.⁴² In Article 9, EU Member states may authorize export control over dual-use items for human rights considerations, but that was up to the member states' discretion.⁴³ The changes made to EU's dual-use export control incorporated an added element of human rights consideration into the regime.

4. A RACE TO THE TOP? THE REALITIES OF THE TECHNOLOGY RACE

Export control regime have been viewed as security exception because it deals with the trade of military-used and dual-use goods. However, as countries now include the export control regime as part of their economic or human right considerations, the application of export control seemed to be expanding, and how these changes might impact the flow of international technology trade remains to be seen.

Under the WTO, the Information Technology Agreement under substantially lowered the tariffs of information-related products all around the world, representing about 97 percent of the world's information technology products.⁴⁴ The international development of the global information technological supply chains in the past decades have changed the feasibility of the use of export control law to contain the transfer of technology from one country to another. The global technology supply chain had expanded to many countries from all over the world. As the global trade has made

⁴¹ BUNDESVERBAND DER DEUTSCHEN INDUSTRIE, Feb. 24, 2017. See also DigitalEurope, European Commission Proposed Recast of the European Export Control Regime (Feb. 24, 2017).

⁴² Regulation (EU) 2021/821 Art. 5 1.

⁴³ Regulation (EU) 2021/821 Art. 9 1.

⁴⁴ WORLD TRADE ORGANIZATION, 2021.

countries become more integrated with one another, it is difficult to reverse the trend and try to consolidate a supply chain of specific technology all within a country.

In a White House report prepared for the United States President Joe Biden in 2021, the White House analyzed the manufacturing and supply chain of several industries important to the United States and discussed the impact of the global supply chain on the specific industry.⁴⁵ It is clear that there is a decrease in global percentage for United States manufacturing in the global supply chain, whether or not the resolution lies in moving all of the industries back to the United States seems questionable. For now, the application of export control laws in international trade is disruptive to the global technology chain, but the changing landscape of the international technology industry would give Brazil and Taiwan an opportunity to reanalyze both their own laws and their place in the global marketplace.

It is highly questionable whether or not including commercial dual-use goods and technology to the scope of a country's export control will preserve a country's technological leadership in the world. This is partially due to the fact that the commercial technology industry has evolved to be more inclusive of different countries as the global supply chain has become more integrated with each other. For example, Taiwan's vibrant export-oriented economy is heavily reliant on the exportation of goods and equipment related to the technology industry, especially those of the semi-conductor industry.⁴⁶ While the changes made in the United States and China's export control regime will inevitably impact Taiwanese corporations, what is also true is the independent nature of Taiwan's semi-conductor foundry industry that was fostered by the Taiwanese government and have grown to be a critical part of the global circuit chip manufacturing industry. Even though the semi-conductor foundry industry would not survive independently in the global semi-conductor business, the fact that Taiwan was able to develop a niche in the semiconductor industry and carve out a business for itself in the international marketplace highlights the fact that commercial technological leadership is no longer concentrated to a few countries. Therefore, export control legislation that have been passed to achieve the policy goals of preserving a country's technological leadership might be hard to achieve in the current international trade setting.

The inclusion of a human rights factor is an interesting input to the export control regime, but how EU and other countries will actually implement it will be something to analyze in the future. Whether this extra human security concern will change certain aspect of the international technology trade would also be something to be researched later.

5. CONCLUSION

The recent changes in the export control laws in other countries are creating extra trade barriers for the technology industries. While industries are against governments imposing export control laws due to the global nature of the technology supply chain, security considerations exist for governments. What might happen if more and more

⁴⁵ THE WHITE HOUSE, June 2021.

⁴⁶ MINISTRY OF ECONOMICS BUREAU OF FOREIGN TRADE, 2020-B.

countries impose their own export control regulations is the possibility that countries will now have to choose whose security concerns are they most aligned with and shape their own export control regimes to those trading partners. This result will certainly change the security-oriented and consensus building-element that used to exist in export control regimes.

This research pointed out that the export control trade war is a very fierce dispute, in which the main actors are developed countries, with special emphasis on the United States, China and the European Union.

Restrictions related to export controls are an important instrument used by the United States to conserve and expand its technological and economic leadership in the world. China, in turn, taking into account its relevance in the international economy, strongly competes for more space.

The cases studied in this research show that export control can serve not only to accumulate and conserve the development and control of technology within developed countries, but also has an impact on the technological safety of importers, many of them are developing countries like Brazil.

In Brazil, much attention is given to national policies to control imports and stimulate exports, but the effects of import controls carried out by developed countries are not discussed.⁴⁷ Hence the undeniable importance of bringing this important international panorama and involving Brazil in this discussion, as international policies are being determined which can maintain and increase our technological dependence, as well as interfere in the security of the importing country and its citizens.

REFERENCES

ARMS TRADE TREATY. Status of Participation, 2021 available at: <https://thearmstradetreaty.org/treaty-status.html?templateId=209883> (last visited July 24, 2021).

BOWN, Chad P.; KOLB, Melina. Trump's Trade War Timeline: An Up-to-Date Guide. Washington, DC: Peterson Institute for International Economics, 2017. Available at: <https://www.piie.com/sites/default/files/documents/trump-trade-war-timeline.pdf> (last visited July 24, 2021).

BUNDESVERBAND DER DEUTSCHEN INDUSTRIE. e.V., EU Dual-Use Reform: EC Proposed Regulation COM (2016).

CHAPMAN, Bert. Export Control: a Cotemporary History, Laham New York, Oxford: University if America Inc., 2013.

CHOE, Sang-Hun. South Korean Court Orders Mitsubishi of Japan to Pay for Forced Wartime Labor, New York Times (Nov. 29, 2018), available at: <https://www.nytimes.com/2018/11/29/world/asia/south-korea-wartime-compensation-japan.html> (last visited July 25, 2021).

COVINGTON & BURLING LLP. Unofficial English translation of PRC Export Control Law, available at: <https://www.cov.com/>

⁴⁷ MEIRA, 2020.

[/media/files/corporate/publications/file_repository/prc_export_control_law_2020_10_cn_en_co_vington.pdf](#) (last visited July 25, 2021).

EUROPEAN COMMISSION. Commission Staff Working Document Impact Assessment, Report on the EU Export Control Policy Review Accompanying the document Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council setting up a Union regime for the control of exports, transfer, brokering, technical assistance and transit of dual-use items 20-21 (Sep. 28, 2016), https://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2016/october/tradoc_155008.pdf.

EUROPEAN COMMISSION. Commission Staff Working Document Impact Assessment, Report on the EU Export Control Policy Review Accompanying the document Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council setting up a Union regime for the control of exports, transfer, brokering, technical assistance and transit of dual-use items 20-21 (Sep. 28, 2016), https://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2016/october/tradoc_155008.pdf

EUROPEAN PARLIAMENT. Regulation (EU) 2021/821 of the European Parliament and of the Council of 20 May 2021 setting up a Union regime for the control of exports, brokering, technical assistance, transit and transfer of dual-use items, available at: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=OJ:L:2021:206:FULL&from=EN> (last visited Aug. 2, 2021).

KANETAKE , Machiko. The EU's Export Control of Cyber Surveillance Technology: Human Rights Approaches, 4 Bus. and Human Rights J, 155, 157 (2019).

KAWASE, Tsuyoshi. [Research Reports] Potential Conflict between the WTO System and the SECURITY Trade Control System in the Japan-South Korea Dispute (Apr. 13, 2021), available at: <https://www.jia.or.jp/en/column/2021/04/13-research-reports-potential-conflict-between-the-wto-system-and-the-security-trade-control-system-in.html> (last visited July 25, 2021).

MCDANIEL, Douglas E., United States Technology Export Control: An Assessment 2 (1993).

MEIRA, Brazilian Customs System. *Revue Européenne et Internationale De Droit Fiscal*, v. 2, 2020, p.272-281.

MINISTRY OF ECONOMY BUREAU OF FOREIGN TRADE. *Import and Export Trade Statistics for 2020*, 2020, available at: <https://cuswebo.trade.gov.tw/FSC3040F/FSC3040F> (last visited August 16, 2021).

MINISTRY OF ECONOMICS BUREAU OF FOREIGN TRADE. Import and Export Trade Statistics for 2020: Industry Categories, 2020-B, available at: <https://cuswebo.trade.gov.tw/FSC3210F/FSC3210S> (last visited August 16, 2021).

MINISTRY OF ECONOMY. TRADE AND INDUSTRY. News Releases: Update of METI's licensing policies and procedures on exports of controlled items to the Republic of Korea (Jul. 1, 2019), available at: https://www.meti.go.jp/english/press/2019/0701_001.html (last visited July 25, 2021).

MINISTRY OF ECONOMY, TRADE AND INDUSTRY. News Releases: The Cabinet Approved Partial Amendment to the Export Trade Control Order (Aug. 2, 2019), available at: https://www.meti.go.jp/english/press/2019/0802_001.html (last visited July 25, 2021).

MINISTRY OF ECONOMY, TRADE AND INDUSTRY. News Releases: Japan's Position on the Press Conference by MOTIE of the ROK on July 24th (Jul.24, 2019), available at: https://www.meti.go.jp/english/press/2019/0724_001.html (last visited Jul. 25, 2021).

MINISTRY OF TRADE, INDUSTRY AND ENERGY. Press Releases: Minister Sung's Statement on Japan's export controls against the ROK (Jul. 2, 2019), http://english.motie.go.kr/en/pc/pressreleases/bbs/bbsView.do?bbs_seq_n=729&bbs_cd_n=2¤tPage=9&search_key_n=&search_val_v=&cate_n= (last visited July 25, 2021).

MISSILE TECHNOLOGY CONTROL REGIME. Frequently Asked Questions, available at <http://mtcr.info/frequently-asked-questions-faqs/>, (last visited July 24, 2021).

MISSILE TECHNOLOGY CONTROL REGIME. Wassenaar Arrangement, Guidelines and Procedures, including the Initial Elements, in Wassenaar . Arrangement on Export Control for Conventional Arms and Dual-Use Goods and Technology, Public Documents, Vol. 1 - Founding Documents 3, 6 (2017), available at <https://www.wassenaar.org/app/uploads/2015/06/WA-DOC-17-PUB-001-Public-Docs-Vol-I-Founding-Documents.pdf>, (last visited July 24, 2021).

OFFICE OF TECHNOLOGY ASSESSMENT, Technology and East-West Trade 154 (1979).

OFFICE OF THE UNITED STATES REPRESENTATIVE. President Trump Approves Relief for U.S. Washing Machine and Solar Cell Manufacturers, Jan. 22, 2018, available at: <https://ustr.gov/about-us/policy-offices/press-office/press-releases/2018/january/president-trump-approves-relief-us> (last visited Jul. 24, 2021).

OFFICE OF THE UNITED STATES REPRESENTATIVE. Findings of the Investigation into China's Acts, Policies, and Practices Related to Technology Transfer, Intellectual Property, and Innovation Under Section 301 of the Trade Act of 1974 (Mar. 18, 2018), available at: <https://ustr.gov/sites/default/files/Section%20301%20FINAL.PDF> (last visited Jul. 24, 2021).

OFFICE OF THE UNITED STATES REPRESENTATIVE. Addition of Entities to the Entity List, Revision of Entry on the Entity List, and Removal of Entities From the Entity List, 85 Fed. Reg. 83416 (Dec. 22, 2020), available at: <https://www.bis.doc.gov/index.php/documents/regulations-docs/federal-register-notices/federal-register-2020/2683-85-fr-83416/file> (last visited July 25, 2021).

PEOPLE'S REPUBLIC OF CHINA NATIONAL PEOPLE'S CONGRESS. People's Republic of China Export Control Law (passed on Oct. 17, 2020, went into force on December 1, 2020), 2020, available at: http://www.xinhuanet.com/2020-10/18/c_1126624518.htm (last visited July 25, 2021).

SUTTER, Karen M.. China Issues New Export Control Law and Related Policies, Congressional Research Services (Oct. 26, 2020), available at: <https://fas.org/sgp/crs/row/IN11524.pdf> (last visited July 25, 2021).

TAKUNGPAO. Export Control Law will be in Effect on December 1 to Protection National Security (维护国安 出口管制法12. 1起实施) (Oct. 18, 2020), available at: <http://www.takungpao.com/news/232108/2020/1018/509735.html> (last visited July 25, 2021).

THE AUSTRALIA GROUP. The Origins of the Australia Group, available at <https://australiagroup.net/en/origins.html>. (last visited July 24, 2021).

THE WHITE HOUSE. Building Resilient Supply Chains, Revitalizing American Manufacturing, and Fostering Broad-Based Growth: 100-Day Reviews under Executive Order 14017 (June 2021), available at: <https://www.whitehouse.gov/wp-content/uploads/2021/06/100-day-supply-chain-review-report.pdf> (last visited Aug. 2, 2021).

UNITED STATES DEPARTMENT OF COMMERCE BUREAU OF INDUSTRY AND SECURITY. Implementation of Certain New controls on Emerging Technologies Agreed at

Wassenaar Arrangement 2019 Plenary, 85 Fed. Reg. 62583 (Oct. 5, 2020), available at: <https://www.bis.doc.gov/index.php/documents/regulations-docs/federal-register-notices/federal-register-2020/2632-85-fr-62583/file> (last visited July 25, 2021).

UNITED STATES DEPARTMENT OF COMMERCE BUREAU OF INDUSTRY AND SECURITY. Addition of Entities to the Entity List, 84 Fed. Reg. 22961 (May 19, 2021), available at: <https://www.bis.doc.gov/index.php/documents/regulations-docs/2394-huawei-and-affiliates-entity-list-rule/file> (last visited July 25, 2021).

UNITED STATES DEPARTMENT OF COMMERCE. Export Administration Regulations: Amendments to General Prohibition Three (Foreign-Produced Direct Product Rule) and the Entity List, 85 Fed. Reg. 29849 (May 19, 2020), available at: <https://www.bis.doc.gov/index.php/documents/regulations-docs/federal-register-notices/federal-register-2020/2551-amendments-to-general-prohibition-three-foreign-produced-direct-product-rule-and-the-entity-list/file> (last visited July 25, 2021).

WHANG, Cindy. Trade and Emerging Technologies: A Comparative Analysis of the United States and the European Union Dual-Use Export Control Regulations, Security and Human Rights, (2021) 16-18.

WORLD BANK. World Integrated Trade Solution, Brazil Trade: Brazil top 5 Export and Import Partners, 2021, available at: <https://wits.worldbank.org/countrysnapshot/en/BRA> (last visited Aug. 16, 2021).

WORLD TRADE ORGANIZATION. Russian-Measures Concerning Traffic in Transit, WT/DS512/7, 2019, available at: https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds512_e.htm (last visited July 24, 2021).

WORLD TRADE ORGANIZATION. World Trade Agreement, Information Technology Agreement- an explanation, 2021, available at: https://www.wto.org/english/tratop_e/inftec_e/itaintro_e.htm

WORLD TRADE ORGANIZATION. Japan — Measures Related to the Exportation of Products and Technology to Korea, DS590 2020-B, available at: https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds590_e.htm

YU, Jiaxin. An Analysis on Export Control Law: Fulfilling an Overall National Security Concern (聚焦出口管制法：贯彻总体国家安全观), XinHua New Agency (Oct. 17, 2020), available at: <http://www.npc.gov.cn/npc/c30834/202010/9ba0a978e68f403da7ae5a2cfc1ff3b5.shtml> (last visited July 25, 2021).



SHAPING ANTIMONOPOLY LEGISLATION? THE LOBBYING OF BUSINESS ELITES IN BRAZIL

*Arthur Guerra de Andrade Filho*¹

ABSTRACT

Many people insinuate that large corporations lobby against effective antimonopoly legislation. But what, in fact, is the evidence to support those allegations? This article collects and examines data and documents — legislative records, academic literature, documents of business associations, and press archives — about the lobby of Brazilian business elites on antitrust legislation. It aims to contribute to the academic debate by being the first academic work to comprehensively look at corporate lobbying on Brazilian antitrust bills and legislation, from the first antitrust regulations in 1938 to the current Antitrust Act of 2011. The results of the analysis show that Brazilian business organisations and their leaders have consistently monitored and tried to influence the outcome of antitrust bills and legislation. The article finds a pattern of business elites lobbying for a less interventionist antitrust legislation or the entire repeal of the antitrust legislation. The current Antitrust Act 2011 was turned less interventionist than the Act of 1994, by amendments proposed by a heavily corporate-funded senator in his electoral campaign, who worked accordingly with the lobby of the National Industry Confederation (CNI).

Palabras Clave: Antitrust Law. Antimonopoly. Business Elites. Lobbying. Rent-seeking.

MOLDANDO A LEGISLAÇÃO ANTIMONOPÓLIO? O LOBBY DAS ELITES EMPRESARIAIS NO BRASIL

RESUMO

Muitas pessoas insinuam que grandes empresas fazem lobby contra legislações antimonopólio. Mas quais, de fato, são as evidências para amparar tais alegações? Este artigo coleta e examina dados e documentos — documentos legislativos, literatura acadêmica, documentos de associações empresariais e arquivos da imprensa — sobre o lobby das elites empresariais brasileiras sobre projetos de lei e legislação antitruste. O artigo tem como objetivo contribuir para o debate acadêmico ao ser o primeiro trabalho acadêmico a olhar de forma abrangente para o lobby das elites empresariais brasileira em projetos de lei e legislação antitruste, desde a primeira regulação antitruste em 1938 até a atual Lei nº 12.529/11. Os resultados da pesquisa mostram que as organizações empresariais brasileiras e seus líderes têm monitorado e tentado influenciar de maneira consistente o resultado dos projetos de lei e legislação antitruste. O artigo

¹ Doutor em Direito (PhD in Law) pelo King's College de Londres (2020); Master of Laws (LL.M.) pela Universidade da Califórnia, Berkeley (2013); e Bacharel em Direito pela PUC-SP (2006). Suas principais linhas de pesquisa são: Regulação de Financiamento Político (de Partidos Políticos e Campanhas Eleitorais); Influência Política, Lobby e Desenho Institucional em Agências Reguladoras e Concorrenciais; e Regulação da Mídia.

encontra um padrão de elites empresariais fazendo lobby por uma legislação antitruste menos intervencionista, ou mesmo a revogação total da legislação antitruste. A atual Lei nº 12.529/11 tornou-se menos intervencionista do que a Lei nº 8.884/94, por meio de emendas propostas por um senador fortemente financiado por empresas em sua campanha eleitoral, que trabalhou em consonância com o lobby da Confederação Nacional da Indústria (CNI).

Keywords: Direito Antitruste. Antimonopólio. Elites empresariais. Lobby. Rent-seeking.

INTRODUCTION

In 2017, Mr Cláudio Melo Filho, a director of Odebrecht (corporation leader of the Brazilian construction sector at the time), declared in a leniency agreement that Senator Romero Jucá intervened in the antitrust bill nº 3937/2004 — which resulted in the Antitrust Act 2011 — to favour the corporation.² Regardless of the controversial legality of that particular case, it is safe to affirm that it illustrates a frequent phenomenon: business elites have constantly monitored the making of antimonopoly — i.e. antitrust and competition³ — legislation in Brazil and lobbied political institutions to avoid it, as will be seen throughout this article.

The history of antitrust is pervaded by myths; and it is no different in Brazilian antitrust (CABRAL, 2018). Myths spread when there is a lack of knowledge — and there are very few research studies on Brazil's antitrust history⁴ (CABRAL, 2020). There is even less research when it comes to the history of Brazilian **law-making**. It is worrisome that the topic has received such small attention from academia because, in order to rigorously understand the evolution of antitrust law, it is essential to examine how the legislation — which legitimises and shapes antitrust enforcement⁵ — was made.

This article will try to contribute to the literature in different aspects. By collecting and discussing evidence through a case study, I will try to shed some light on the assumption that firms who hold market power usually lobby to prevent the enactment of antitrust legislation aimed to regulate them — or, at least, try to shape antitrust legislation to avoid (what they view as) excessive regulation and sanctions. As far as I am aware, this will be the first paper in the literature to comprehensively look at corporate lobbying on Brazilian antitrust bills and legislation, from the first antitrust provisions (in the 1930s) to today. Moreover (and again as far as I am aware), there is still no academic research about the business elites' lobbying on the congressional bills that resulted in the current Antitrust Act 2011 (Law nº 12.529). Therefore, this article will also add to the existing literature in that sense. Finally, it can be argued that the contributions of this case study may transcend antitrust law: it may inform the discussion about how should be structured the regulation of political competition — especially when it comes to lobbying.

² The leniency agreement was struck with the Federal Public Prosecution Office in the criminal sphere. There is an ongoing lawsuit. The documents found in this research were not able to confirm that the senator favoured the corporation. MPF (Ministério Público Federal), Delação Premiada, Cláudio Melo Filho. Available at: <<https://www.poder360.com.br/wp-content/uploads/2016/12/Delacao-ClaudioMelo-Odebrecht-dez2016.pdf>> accessed: 16 February 2021.

³ The three terms are used interchangeably throughout this article.

⁴ Particularly when compared with the academic literature on jurisdictions such as the US and Germany.

⁵ The Brazilian competition authority is CADE (an acronym for *Conselho Administrativo de Defesa Econômica*).

To achieve these goals, the article is divided into two main parts. The first part will look at business lobbying on the making of antitrust legislation in Brazil from 1938 to 1996. The second part will implement an investigation about the business lobbying and political influence in the legislative process of the bill that resulted in the current Antitrust Act 2011. I will look at legislative records, academic literature, documents of business associations, campaign finance data and press archives.

2. THE ANTITRUST LEGISLATION FROM 1938 TO 1994

Although the data on lobbying practices is precarious due to lack of regulation, lobbying in Brazil has a long corporatist tradition — that is, centred on a business confederation and state federations, with other business associations also playing important roles. Thus, it is possible to look at congressional records, press archives and academic literature to see how business associations lobbied on antitrust bills.

This section is organized according to five landmarks of Brazilian antitrust legislation: (1) the Decree-Law nº 869 from 1938; (2) the Decree-Law nº 7666 from 1945; (3) the Antitrust Act 1962; (4) the Law nº 8158 from 1991; and (5) the Antitrust Act 1994.

2.1. The Decree-Law nº 869 from 1938

Though being criminal legislation, the Decree-Law nº 869 enacted in 1938 was the first Brazilian legislation to introduce antitrust provisions (CABRAL, 2020), such as provisions forbidding cartel, price predatory and bundling.⁶ Business elites reacted against the enactment of the legislation. However, their main criticisms were against the provisions related to the regulation of the sale of goods on instalment credit terms. The incipient antitrust provisions provoked only a marginal discussion (CABRAL, 2020).

2.2. The Decree-Law nº 7666 from 1945

The Decree-Law nº 7666/45,⁷ also known as “Lei Malaia”, was the first Brazilian legislation enacted exclusively to cover antitrust issues. It created a Brazilian competition authority and introduced a mergers review.

The Decree was severely criticised by business elites. Even though Roberto Simonsen — at the time arguably the most influential business leader — gave contributions to the government about the theoretical background of the decree during its writing process (Cabral 2020), that was not enough to prevent the overwhelmingly negative reaction against the legislation.

The National Confederation of Industry (CNI), the Federation of Trade Associations of Brazil, and the Union of Agricultural Associations of Central Brazil sent a note to president Getúlio Vargas repudiating the legislation.⁸ They lobbied against what they viewed as excessive government intervention: the Decree-Law would disrupt companies that create wealth; concentrations such as trusts and cartels only

⁶ Decreto-Lei nº 869, de 18 de novembro de 1938, DOU 21/11/1938.

⁷ Decreto-Lei nº 7.666, de 22 de junho de 1945, DOU 22/06/1945.

⁸ The full opinion is available at CARONE, 1976, pp. 369–377.

existed in “super capitalised” economies, which was not the Brazilian case; trusts, cartels and agreements were typical of depressing economies, and the Brazilian economy was a prospering one; the Decree-Law was too restrictive in its provisions concerning merger control, dissolution of companies, expropriation, and so on. They also argued that there was already criminal legislation (Decreto-Lei nº 869/38), which established as a crime the “attacks against free competition”⁹, and no one was ever condemned for practising that crime. In addition, those associations complained they were not heard about the bill; and affirmed that, although they were not against the idea of antitrust law, the Decree-Law differed from the United States’ antitrust law (therefore, they proposed an alternative version of the antitrust bill).

In comprehensive research about the decree, Mário Cabral (2020) notes there were other lobbying efforts, such as another letter from the head of the Federation of Trade Associations of Brazil to president Vargas, in which he argued that the legislation was harmful to the Brazilian economy.

In addition, several media companies criticised the provision which established a pre-merger notification system for the sector (JAMBEIRO et al., 2003, p. 215).¹⁰ Numerous newspapers reported the tremendous negative reaction from business associations and right-wing politicians (CABRAL, 2020). There was an intense rivalry between Agamemnon Magalhães, who was Vargas’ minister of justice at the time and the leading brain behind the decree, and media tycoon Assis Chateaubriand. Consequently, Chateaubriand’s newspapers reacted fiercely against the legislation by claiming that it was enacted to be used as a political weapon against the media tycoon (CABRAL, 2020).

Foreign companies, in turn, complained that the legislation was protectionist. Reportedly, the United States Ambassador in Brazil sent a telegram to president Vargas (CORSI, 1996, pp. 32–33).

Arguably, business elites’ disapproval was one of the factors that influenced president Vargas’ removal from office in October of that same year (CORSI, 1996, p. 35).¹¹ With Vargas out of office, the legislation was revoked a month later. Brazil’s first competition legislation, thus, was in force only for three months.¹² The revoke of the decree was celebrated by business elites, as reported by newspapers (CABRAL, 2020).

2.3. The Antitrust Act 1962 (Law nº 4137/62)

In 1948, a new antitrust bill was proposed (nº 122/48). Again, business elites lobbied against it.

According to congressional records, the Federation of Industries of the State of Pernambuco (FIEPE), the Trade Association of Pernambuco (FACEP) and the Federation of Wholesale of the Eastern Northeast promptly sent a brief to the National

⁹ All speeches quoted in this article that were made originally in Portuguese have been translated to English by me.

¹⁰ See also SILVA, 2009, pp. 111–112.

¹¹ See also TODOROV; FILHO, 2012, p. 215. José Linhares, the president of the Supreme Court, acted as temporary president of the Republic for three months; and one of his acts was the revoke of the Vargas’ antitrust Decree-Law.

¹² Although the legislation was published in June, it came into force in August.

Confederation of Industry (CNI), which was later filed in Congress, arguing that the bill intended to transform the industries “into slaves of the government”.¹³ They particularly criticised the provisions that would give CADE power to grant or deny a licence for export or import of products; and to determine what should be the cap of prices and fix the normal percentages of profit. Similarly, the Trade Association of Santos (ACS) filed a brief in the Chamber of Deputies arguing that the bill aimed to implement economic dirigisme.¹⁴ The Federation of Industries of São Paulo (FIESP), a highly influential industrial organization in Brazil, also reportedly lobbied against it.¹⁵

The bill n^o 122/48 was then discussed for over a year at committees of the Chamber of Deputies but it was eventually forgotten (CARVALHO; RAGAZZO, 2013, p. 40). In 1955, a new competition bill (n^o 3/55) was proposed with a similar content, but it also ended up overlooked by congressmen (CARVALHO; RAGAZZO, 2013, p. 40).

In 1961, president Janio Quadros proposed another draft of an antitrust bill to Congress, which was again promptly criticised by business elites’ associations. The Trade Association of São Paulo (ACSP) published an opinion arguing that:¹⁶ the Brazilian economy was small, therefore, it would be impossible to have a large number of players competing in such small markets; the bill would undermine corporations’ capacity to earn profits, thus blocking future investments; the existent Brazilian criminal legislation was sufficient to inhibit anticompetitive acts; the concept of abuse of economic power was too broad and interventionist; they feared political harassment by the government; the provisions that established seizure of corporate’s books would be an excessive state intervention; all antitrust bills that have been discussed by the parliament (i.e., bill n^o 122/48, bill n^o 3/55, and the president Quadros’s bill) were inadequate.

Likewise, the National Confederation of Commerce (CNC) argued that president Quadros’ competition bill was too interventionist:¹⁷ the competition bill constrained basic liberties protected by the Constitution; unduly punished pro-competitive practices; there would be excessive state intervention in the seizure of books and files; they feared political persecution, arbitrariness and potential excessive enforcement of the legislation by the Brazilian antitrust agency (then named as CADEC) and, thus, argued that it would be more reasonable to grant the judiciary with the powers to interpret and enforce the legislation.

Moreover, press accounts reported that the High Council of the Producing Classes (CONCLAP) argued that Quadros’ bill would be a danger to free enterprise, and an obstacle to national development.¹⁸

Perhaps influenced by business’ vigorous repudiation of president Quadros’ bill, congressmen then re-started the discussion of the bill n^o 3/55, which was reportedly

¹³ Pages 58–66 of the bill’s dossier. Câmara dos Deputados, Projeto de Lei n^o 122/1948.

¹⁴ Pages 9–10 of the bill’s dossier. Câmara dos Deputados, Projeto de Lei n^o 122/1948.

¹⁵ FIESP’s brief is not attached in the bill’s records at the Congress, but the Trade Association of Santos mentioned that FIESP filed a brief against the bill as well.

¹⁶ The full opinion is available at *O Estado de São Paulo*, 3 May 1961, p. 21.

¹⁷ *Ibid.*

¹⁸ *Ibid.*

considered a less interventionist one.¹⁹ The FIESP agreed and published an opinion praising this as an “evolution”.²⁰ But the federation criticised the fact that the bill n^o 3/55 had increased the list of anticompetitive acts. Consequently, the FIESP suggested the removal of many provisions related to the definition of anticompetitive practices, and argued that the conceptualisation of economic power abuse was broad and unclear.

The Federation of Brazilian Commerce Associations (FAC) also lobbied against the bill n^o 3/55.²¹ The federation argued that: several economic sectors in Brazil had one or a few players because there was a shortage of capital in Brazil. Thus, they argued, the elimination of monopolies and oligopolies in those sectors should have been made through industrial policy to inject more capital into the markets, and not through antitrust enforcement. Moreover, the FAC argued that the legislation should consider that many industries were monopolised or oligopolistic because they were still developing; therefore, the provisions of the legislation should be flexible to consider specific structural, cyclical and regional variations. In addition, they argued, there should be a distinction between minor abuses that harm just a few individuals and entities, and major abuses that harm the community. The FAC also argued that the creation of an administrative competition authority would violate the Constitution; and the abuse of political power by the government would be worse than the abuse of economic power by corporations. Therefore, they argued, the judiciary should be responsible for the enforcement of the legislation, and the economic aspects of the case should be dealt with by a technically qualified body, with representatives of the producing classes. The federation also argued that the legislation should not ban “exaggerated profits”. Finally, they complained that business associations should be heard in the making of antitrust legislation, and argued that they were, in theory, in favour of antitrust legislation, but not the one proposed through the bill.

According to Loureiro (2010), the FIESP, the FAC, the ACSP, the CNC, and the CONCLAP handed out their written opinions to the president of the Republic, the president of the Chamber of Deputies, the vice-president of the Senate, party leaders, and congressmen in general. In addition, Loureiro mentions that the FIESP and the Federation of Trade Associations (FAC) sent lobbyists to the Congress’ committees of justice, economy and finance (where the bill was intensively discussed), and also directly approached congressmen of these committees. There are also reports that the Federation of the Industries of the State of Guanabara attended the meeting at the economy committee (FRANCESCHINI; FRANCESCHINI, 1985, p. 11).²²

After years of parliament discussions, the bill n^o 3/55 finally passed in 1962 and became Brazil’s first Antitrust Act (Law n^o 4137/62).²³ Loureiro (2012, p. 146) notes that the businessmen’s lobbying was partially successful because some of their criticisms seem to have been incorporated in the final text. The FIESP even praised the enactment of the Antitrust Act 1962 by affirming that it would “be a useful instrument in the hands of the government” in combating inflation (LOUREIRO, 2012, p. 149).

¹⁹ MAGALHÃES, 1986, *apud* NAVARRETE, 2013, p. 23.

²⁰ The full opinion is available at *O Estado de São Paulo*, 9 May 1961, p. 27.

²¹ The full opinion is available at *O Estado de São Paulo*, 26 April 1961, p. 22.

²² For more details and other lobbying efforts, see also LOUREIRO, 2012, pp. 129–151.

²³ Lei n^o 4137, de 10 de setembro de 1962, DOU 27/11/1962 e retificado em 30/11/1962.

The Antitrust Act 1962 prematurely became “dead law”, however. Two years after its enactment, business elites backed a military coup that resulted in an authoritarian regime (1964–1985).²⁴ With the support of business elites — who reportedly still viewed competition law with distrust (PRADO, 2014, p. 266)²⁵ — the military administration implemented developmentalist economic policies that established price control on many industries. The military government created the Interministerial Price Council (the CIP) that organised cartels in many industries; fixing minimum and maximum prices.²⁶ Miola (2014, pp. 227–228) observes that business elites supported “the model of price control and sectorial arrangement of prices, such as the CIP”. The competition authority (now already named CADE), on the other hand, significantly lacked in human and financial resources during the period (NAVARRETE, 2013, pp. 28–66). CADE frequently lacked minimum quorum due to delays in the military presidents appointing new commissioners to vacant places (CARVALHO; RAGAZZO, 2013, pp. 48–52). Thus, it seems reasonable to affirm that, during the military regime, Brazil had a *de jure* competition law, but was far from a *de facto* one.²⁷

2.4. The Law nº 8158 from 1991

Industrial associations continued to work against the idea of an effective antitrust law even during the National Constituent Assembly that promulgated the Constitution of 1988 (which legally grounded the fresh Brazilian democracy). In the Assembly’s discussions about a constitutional provision which establishes that “the law shall repress the abuse of economic power”, industrial associations lobbied against a ban on oligopolies and monopolies, and against the establishment of their restraint as a constitutional principle (MIOLA, 2014, p. 188).

With re-democratisation, Brazil began a process of economic liberalisation²⁸ and, in 1991, government agencies’ price-fixing was completely extinct (NAVARRETE, 2013, p. 7).²⁹ A new legislation (nº 8.158/91)³⁰ was enacted introducing merger reviews, in order to complement the Antitrust Act 1962, which only regulated cartels and unilateral conducts. The Law nº 8158/91 derived from several provisional measures that had been enacted by president Fernando Collor in 1990 (TODOROV; FILHO, 2012, p. 231).³¹

The FIESP reportedly supported the enactment of the legislation.³² We can speculate that industrial elites’ support to the legislation may be related to the process of liberalisation of the economy. Perhaps Brazilian companies that wanted to receive

²⁴ See, e.g., SCHNEIDER, 2004, p. 107; PAYNE, 1994, pp. 16–38; DINIZ, 2010, p. 104.

²⁵ In addition, Cabral (2020) argues that large foreign corporations and the US State Department were reticent about the Brazilian Antitrust Act 1962. They feared that the legislation could be used as a tool to intervene and expropriate private firms because a few years later, Leonel Brizola, then governor of the state of Rio Grande do Sul, expropriated the Brazilian branches of two foreign international corporations in the telecommunications and energy sectors.

²⁶ The military regime also used the National Superintendency (SUNAB) to establish price-controlled cartels in some industries (NAVARRETE, 2013, p. 106). See also TODOROV; FILHO, 2012, p. 222.

²⁷ Similarly, see CABRAL, 2020.

²⁸ President Collor privatised state-owned companies and adopted a trade liberalisation agenda (TODOROV; FILHO, 2012, p. 232).

²⁹ See also CARVALHO; RAGAZZO, 2013, p. 54.

³⁰ Lei nº 8158, de 8 de janeiro de 1991, DOU 9/1/1991.

³¹ See also NAVARRETE, 2013, p. 108. In 1987, José Sarney, Brazil’s first civilian president after re-democratisation, reportedly threatened to draft a new antitrust legislation arguing that “Brazilian business do not know how to live in a free price system”. However, the threat did not evolve. See *O Estado de São Paulo*, 12 May 1987.

³² *Folha de São Paulo*, 4 August 1990.

foreign investments might have thought that institutions, such as a merger review, would attract more foreign investments.

But, after the legislation was published, businessmen reportedly reacted against the enlargement of the administrative-criminal provisions and the grant of power to a secretariat in the Ministry of Finance and to another secretariat in the Ministry of Justice to analyse mergers and anticompetitive conducts (MIOLA, 2014, p. 214).

In any event, the enactment of the new legislation had little effect: CADE still faced many difficulties in enforcing the antitrust legislation (NAVARRETE, 2013, p. 102), with significant impairment of human and financial resources (CARVALHO; RAGAZZO, 2013, p. 53).³³

2.5. The Antitrust Act 1994 (Law n° 8884/94)

In 1993, president Itamar Franco and some members of the Congress started to build a consensus to unify the antitrust provisions among the disconnected legislation (Laws n° 4137/62 and n° 8158/91) into one Act and grant to CADE more resources to enforce it, in order to finally introduce a more effective competition law in Brazil.³⁴

Business elites aggressively lobbied against the antitrust bill. The bill suffered systematic opposition from the CNI and the FIESP, according to Ruy Coutinho, president of CADE at the time (COUTINHO, 2009, p. 31).³⁵ Press accounts report that the FIESP lobbied senators and the president of the Republic to block provisions that would give CADE “too much power”.³⁶ The newspaper *O Globo* reported that while some businessmen from the state of São Paulo did support the bill³⁷, the main leaders of the FIESP and the FCESP (Trade Federation of São Paulo) were radically against it.³⁸ The CNI’s and the FIESP’s leaders also gave statements against the bill to the press. The president of FIESP reportedly said that the antitrust bill was unnecessary because Brazil already had antitrust legislation: “the problem in Brazil is not legislation, but its enforcement”.³⁹ Similarly, the president of CNI considered the bill unnecessary and “draconian” (that is, excessively harsh).⁴⁰ In addition, the congressional records show that the Trade Association of São Paulo (ACSP) filed a brief claiming that the bill should be entirely rejected.⁴¹ Iagê Miola (2014, pp. 227–228), who interviewed lawyers and economists involved in the making of the Act, also collected relevant reports of businessmen’s disapproval concerning some parts of the legislation, which were viewed by them as an excessive intervention in the economy by the state.

³³ See also TODOROV; FILHO, 2012, p. 231.

³⁴ President Franco and many congressmen viewed the bill as a helpful tool to put an end to the hyperinflation problem, by assisting the implementation of the Real currency, which was created in 1994 to fix the issue (CARVALHO; RAGAZZO, 2013, p. 55).

³⁵ Prado (2014, p. 295) also reports the intense lobbying from the CNI and the FIESP.

³⁶ *Folha de São Paulo*, 9 June 1994. Ibid, 10 June 1994.

³⁷ Ibid, 10 June 1994.

³⁸ Ibid, 13 June 1994.

³⁹ Ibid, 9 June 1994.

⁴⁰ Ibid.

⁴¹ Brief filed in the bill’s congressional records on 27 July 1993. Câmara dos Deputados, Projeto de Lei n° 3712/1993, fls. 393–397. The ACSP argued against CADE’s prerogative to determine the preventive cessation of the practice that restricts competition, CADE’s prerogative to apply fines if the corporation does not stop the practice after a preventive order, and so on.

Although the head of the CNI harshly voiced against the approval of the bill until the very last moment,⁴² the bill eventually passed – with the support of all parties (MIOLA, 2014, p. 230). But press accounts reported that the right-wing Liberal Front Party (PFL) shaped the bill by reducing the fine for cartels and abuse of dominant position practices. The deputies of the then centre-left Social Democrat Party (PSDB) and the left-wing Workers Party (PT) were in favour of a minimum fine of 10% (PSDB) and 15% (PT), and a maximum fine of 50% (both parties agreed) of the firm’s pretax gross sales in the year before the filing of the administrative proceeding. The PFL, on the other hand, announced that would only vote in favour of the bill if the fines were reduced to 1% (minimum) and 30% (maximum) of the same base calculation. The provision was then changed to accommodate PFL’s demand.⁴³ Moreover, Miola (2014, pp. 227–229) also notes that “pressures coming from the market – be it explicit or veiled – managed to affect in a decisive form the design and practice of” the reformed antitrust law; for instance, in the adoption of an unusual post-merger review system.

In any event, it can be argued that with the enactment of the Antitrust Act 1994⁴⁴ Brazil finally had its first effective antitrust legislation (TODOROV; FILHO, 2012, p. 233) — or, at least, more effective than earlier Brazilian legislations.

Nevertheless, after the enactment of the Act of 1994, the CNI continued to fight against some of its provisions. The confederation filed a Direct Unconstitutionality Action (ADI) in the Supreme Court, claiming that seven provisions of the Act violated the Constitution and, consequently, should be removed from the legislation.⁴⁵ Five of the seven claims were related to what the CNI viewed as excessive interventions by the state, such as alleged price control and undue state intervention on business economic freedom. One of the claims was that the cap of the fine — i.e., 30% of the firm’s pretax gross sales — was confiscatory. The CNI argued that the maximum fine could be, in practice, more than the annual income in many industrial sectors. As a consequence, the fine would bankrupt many companies.⁴⁶ Another claim was that the term “notwithstanding malicious intent” in article 20 would violate the Constitution because it would establish strict liability to those who practised an anticompetitive act.⁴⁷

Moreover, the CNI and the FIESP published op-eds in the press expressing dissatisfaction with the enacted Antitrust Act.⁴⁸ Reportedly, some industrial corporations who were members of the FIESP were disappointed that Fernando Henrique Cardoso — then senator, and later president of the Republic — voted in favour of the antitrust bill.⁴⁹ The president of CNI also reportedly voiced that the Antitrust Act 1994 was confiscatory at a conference attended by the minister of justice.⁵⁰

⁴² *Folha de São Paulo*, 10 June 1994.

⁴³ *Ibid.*, 8 June 1994. See also Congresso Nacional, *Diário*, 10 June 1994, pp. 2888–2900. For a detailed account of the making of the Antitrust Act 1994, see MIOLA, 2014, pp. 215–230.

⁴⁴ Lei nº 8884 de 11 de junho de 1994, DOU 13/6/1994.

⁴⁵ STF, ADI 1094-8/DF, Rel Min Carlos Velloso, DJ 20/04/2001. The Supreme Court denied all CNI’s claims. The Court’s decision was a preliminary one, since it concerned the CNI’s request for provisional remedies. It is extremely unlikely that the Supreme Court will ever place a final decision on the case because Brazil now has a new Antitrust Act, enacted in 2011.

⁴⁶ CNI’s complaint at the ADI 1094-8/DF, p. 8.

⁴⁷ *Ibid.* pp. 3–5.

⁴⁸ The FIESP published an opinion expressing discontentment with articles 20 and 21 of the Act. *Folha de São Paulo*, 15 June 1994.

⁴⁹ *O Estado de São Paulo*, 11 June 1994.

⁵⁰ *O Estado de São Paulo*, 19 August 1994.

It is noteworthy, however, that press accounts reported three exceptions to those predominant negative reactions from business associations. And these exceptions came from organisations of small and medium companies, and their leaders. After the Act was enacted, the Union of Small and Micro Industries (SimpI) launched an official note supporting it.⁵¹ Moreover, Emerson Kapaz, who was then the coordinator of the National Thought of Entrepreneurial Base (PNBE), an association of small and medium businessmen (see GUIMARÃES), reportedly said that the legislation enacted was very positive.⁵² Likewise, Eduardo Capobianco, who was a founding member of the PNBE and president of the Civil Construction Industry Union of the State of São Paulo (SindusCon-SP) at the time, reportedly expressed support for the new legislation, after its enactment.⁵³

3. THE ANTITRUST ACT 2011 (LAW Nº 12529/11)

The Antitrust Act 2011,⁵⁴ the current Brazilian antitrust legislation, is in many ways less interventionist than the Act of 1994. But perhaps the most puzzling change was the one related to the weakening of the fines for corporations' anticompetitive practices. The Antitrust Act of 2011 reduced the maximum fine established in the Act of 1994: it was 30% and now it is 20%. It also reduced the minimum fine, from the previous 1% to the current 0.1%. And it narrowed the fine's base calculation: the Act of 1994 established that the percentage should be calculated based on the "total gross pretax revenue of the company"; while the current legislation narrowed it down to the "gross sales obtained in the field of the business activity in which the violation occurred". Consequently, corporations have, in fact, been receiving smaller fines after the enactment of the Antitrust Act 2011, as expressly recognized by CADE.⁵⁵

This section will implement a case study to try to understand the softening of these and other provisions in the current antitrust legislation, through two lenses: (1) the lobby of the CNI on the antitrust bill nº 3937/2004, which ended up becoming the Antitrust Act 2011; (2) and the overwhelming corporate electoral donations in the period, which may have enhanced the effectiveness of business lobbying.

The antitrust bill nº 3937/2004 was passed in both congressional houses by an agreement of party leaders (a common practice in Brazil). Therefore, it is not possible to analyse how each congressman voted, for example. But it is possible to look at the amendments proposed, which shaped the text of the legislation. Amendments are a key part of the legislative process because, if they pass, they end up shaping the legislation's text. Not surprisingly, the CNI frequently lobbies congressmen by suggesting amendments of the industry's interest (SANTOS, 2011, p. 103). This will be our main focus in this section.

⁵¹ Ibid, 11 June 1994.

⁵² *Gazeta Mercantil*, 19 August 1994, *apud* BELLO, 2005, p. 129.

⁵³ *O Estado de São Paulo*, 15 June 1994.

⁵⁴ Lei nº 12529 de 30 de novembro de 2011, DOU 01/11/2011 e retificado em 02/12/2011.

⁵⁵ Guia – Dosimetria de multas de cartel, p. 28. CADE. Available at: <<https://www.gov.br/cade/pt-br/assuntos/noticias/cade-estende-prazo-para-contribuicoes-a-versao-preliminar-do-guia-de-dosimetria-de-multas-de-cartel>> accessed: 9 June 2021.

3.1. The CNI's lobbying

Since the very early stages of the antitrust bill nº 3937/2004, the CNI expressly considered it a priority due to its “high impact on the business environment”. The antitrust bill was part of CNI's minimum agenda, that is, the bills that are treated with priority by the confederation.⁵⁶ Thus, the CNI intensely monitored the antitrust bill and lobbied congressmen in order to try to modulate its provisions according to the industry's interests.

The CNI's key man in Congress was Senator Francisco Dornelles, who was intensely lobbied by the confederation, as the CNI publicly confessed.⁵⁷ Dornelles was from the conservative Popular Party (PP) and was the rapporteur of the bill in the committee of infrastructure's services of the Senate.

The confederation supported and defended an amendment proposed by Dornelles that raised the criterion of minimum revenue for notification of mergers and acquisitions to CADE: only companies that have earned R\$ 1 billion or more would be required to submit the merger to CADE — until Dornelles' amendment, the threshold prescribed by the bill was R\$ 400 million, the same of the Antitrust Act 1994. In addition, Dornelles increased a second threshold: the other company involved in the merger must have revenue of R\$ 40 million or more (and not R\$ 30 million as it was established in the bill — the Antitrust Act 1994 did not prescribe a second threshold).⁵⁸ The CNI lobbied in favour of this amendment — the confederation argued that there was an excess of merger control, since 90% of the merger cases analysed by CADE were cleared without conditions.⁵⁹

Nonetheless, the amendment ended up rejected by deputy Pedro Eugênio, from the then centre-left Workers' Party, when the bill returned to the Chamber of Deputy. The party leaders at the Chamber agreed with Eugênio's opinion on this matter, so Dornelles amendment did not pass and, thus, did not became legislation.

But another amendment proposed by Dornelles, also supported and defended by the CNI, was successful. Dornelles proposed an amendment to reduce the maximum fine for anticompetitive acts imposed on corporations, from 30% to 20%.⁶⁰ This amendment also reduced the base calculation of the fines — from the “total gross pretax revenue of the company” to only the “gross sales obtained in the field of the business activity in which the violation occurred”. The CNI admittedly lobbied for this reduction of the fine's cap and base calculation during the legislative process of the bill. The confederation argued that the cap (which was 30% in the Act of 1994) and the base

⁵⁶ From the 117 bills monitored by the confederation in 2008, 20 of them were considered as being part of the minimum agenda and, therefore, treated as a priority. CNI lança Agenda Legislativa da Indústria com Pauta Mínima. *Sistema Federação das Indústrias do DF (Fibra)*, 7 April 2010. Available at: <<http://www.sistemafibra.org.br/fibra/sala-de-imprensa/noticias/258-documento-lista-117-projetos-em-tramitacao-no-congresso-nacional-de-interesse-do-setor-industrial.html>> accessed: 9 June 2021. The antitrust bill was a priority for the CNI at least from 2006 until 2011, when the bill finally passed. Agenda legislativa da indústria. *CNI, Unidade de Assuntos Legislativos*. Available at: <<http://www.portaldaindustria.com.br/cni/canais/agenda-legislativa-home/>> accessed: 9 June 2021.

⁵⁷ Aprovada nova estrutura do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência. *CNI em Ação*, 14 October 2011. Available at: <<http://admin.cni.org.br/portal/data/pages/FF808081272B58C0012730BE20A57BDA.htm>> accessed 22 November 2016.

⁵⁸ Parecer cj2010-05566, p. 6. *Comissão de Serviços de Infraestrutura do Senado Federal*. Available at: <<http://legis.senado.leg.br/mateweb/arquivos/mate-pdf/84379.pdf>> accessed: 9 June 2021.

⁵⁹ Agenda legislativa da indústria 2011. *CNI*.

⁶⁰ All Dornelles' amendments were formally presented as sub-amendments, which does not change our analysis.

calculation (which was the total revenue of the company) should be reduced to 20% of the gross sales obtained in the relevant market. Therefore, the contents of the CNI's lobbying and Dornelles' amendment were almost identical: the only difference was that while CNI lobbied for establishing the "relevant market" as the base calculation, Dornelles opted to establish the base calculation on the "field of the business activity" in which the infringement took place. Actually, Dornelles presented a version of the amendment on 8 June 2010 with the expression "relevant market", but in the subsequent version of the amendment (presented on 30 November 2010), changed to "field of the business activity" — and this last version was the one read and approved by the committee of infrastructure's services of the Senate.⁶¹ Perhaps the CNI agreed with the change but we do not have evidence to affirm that.

The CNI and Dornelles also converged in the justification given for the amendment. Again, they were extremely alike. The CNI argued that the amendment would be a matter of "fiscal justice" because of two reasons. Firstly, the confederation argued, because the fine's cap and base calculation established by the Antitrust Act 1994 could interrupt the companies' operations, since it would hugely impact their economic capacity — from the capacity to invest, fund and improve; to the attractiveness of the production and provision of services as a whole. Secondly, the CNI argued, "it makes no sense to impose a fine on all the company's total revenue, which includes activities that have no relation to the anticompetitive offence".⁶² Very similarly, Senator Dornelles, while proposing the amendment in the Senate, gave as a justification the argument that "the payment of a fine of 30% of the annual gross revenue would certainly lead the company to halt its activities (wholly or substantially)".⁶³

This amendment also reduced the minimum fine from 1% to 0.1%.⁶⁴ Dornelles argued that a reduction in the minimum fine serves the "principle of proportionality in economic matters, granting to CADE the discretion in adopting a fair value and reasonable fine".⁶⁵

The same amendment also indirectly weakened the fines for the administrators of the companies. The administrators were benefited because the fine established for the administrator is a percentage of the fine established for the company. In other words, the fine applied for the company is the base calculation for the administrator's fine.⁶⁶ Therefore, as the fine for the company was generally reduced, so it was the fine for the administrator. In addition, Dornelles reduced the minimum and maximum percentages established in the fines for the administrators: the cap was reduced from 50% to 20%; and the percentage of the minimum fine was reduced from 10% to 1%.⁶⁷ Dornelles also made it tougher to condemn administrators because he changed the standard of evidence required to do so: CADE now needs to prove willful misconduct

⁶¹ Dornelles presented four versions of his opinion, from 31/08/2010 to 30/11/2010.

⁶² Agenda legislativa da indústria 2011. CNI.

⁶³ Parecer cj2010-05566, p. 5. *Comissão de Serviços de Infraestrutura do Senado Federal*.

⁶⁴ Ibid. Senator Aloizio Mercadante had already suggested this same percentage (0.1%), but of a larger base calculation, which was the total gross pretax revenue of the company.

⁶⁵ Ibid.

⁶⁶ Artigo 37, inciso III, Lei n° 12529/11. The same was established in the Antitrust Act 1994: see Artigo 23, inciso II, Lei n° 8884/94.

⁶⁷ Parecer cj2010-05566. *Comissão de Serviços de Infraestrutura do Senado Federal*.

or gross negligence of the administrator (in the former legislation, CADE would only have to demonstrate strict liability).⁶⁸

The amendment passed and became law. It turned the Antitrust Act 2011, the current Brazilian antitrust legislation, less interventionist than the previous Act of 1994. Corporations and their administrators have, in fact, benefited from Dornelles' amendments — they have been received smaller fines since then. CADE openly admitted that has been applying lower fines to corporations and their administrators after the enactment of the Antitrust Act 2011.⁶⁹

A newspaper reported that the approval of the Dornelles' amendment regarding the fines was a procedural mistake made in the Chamber of Deputies (that is, most deputies intended to reject, but a formal mistake was made, leading to its approval).⁷⁰ But, on the other hand, another newspaper reported that the party leaders in the Chamber of Deputy actually ended up agreeing with Dornelles.⁷¹ In any event, the fact is that the Chamber of Deputy approved Dornelles' amendment on this matter, which ended up shaping the final text.

It should be noted that, by contrast, those who do not exercise business activity had their fine increased. The fine for non-businessmen individuals and non-business legal entities was increased from a minimum of R\$ 18 thousand and a maximum of R\$ 18 million, to a minimum of R\$ 50 thousand and a maximum of R\$ 2 billion. We can assume that corporations did not lobby this matter, since they would lack legitimacy (and perhaps interest) to do so.

3.2. The corporate donations

The softening of the current antitrust legislation coincides with a change in the law that regulates campaign finance and party funding. The Antitrust Act 1994 was passed by politicians elected without corporate funding because it was prohibited by law at the time.⁷² In sharp contrast, the Act of 2011 was passed by politicians who did receive corporate donations — actually, these politicians were elected in an electoral environment in which corporate donations overwhelmingly dominated the funding of Brazilian political parties and candidates.⁷³

Corporate donations may increase the effectiveness of business lobbying because of at least three reasons. Firstly, corporate donations may give business lobbyists more

⁶⁸ *Ibid.*, p. 5.

⁶⁹ See footnote 54. See also SANTOS, 2014, p. 160. CADE's case law on this matter has been based on the opinion of commissioner Ana Frazão's in the Processo Administrativo n° 08012.009834/2006-5, Rel Cons Ricardo Ruiz, fls 734–738. As pointed out by Mrs Frazão, although the legislation changed the base calculation from “revenue of the company” to the “revenue of the company, group or conglomerate”, this change was merely rhetorical, since the Brazilian case law and academic scholarship have established that corporate groups must be considered as one company, even if it is composed of several distinct legal entities. Moreover, although the previous legislation considered the fine based on the gross sales after tax and the new one establishes the fine based on the pretax gross revenue (which partially increases the base calculation), this increase is marginal and has little impact on the fine vis-à-vis the changes on the percentages and the major aspect of the base calculation (i.e., the change from the “total revenue of the company” to just the “field of the business activity in which the infringement occurred”).

⁷⁰ *O Estado de São Paulo*, 8 October 2011.

⁷¹ *Folha de São Paulo*, 31 May 2013.

⁷² Some may argue that congressmen who passed the Antitrust Act 1994 might have received off-book donations from companies. However, until evidence arises, we can never know it for sure and investigate what role corporate money has played in the legislative process.

⁷³ See, e.g., MANCUSO, 2015, p. 156.

access to politicians. Secondly, some politicians may feel dependent and/or grateful of corporate donations and, thus, more inclined to succumb to business demands. Thirdly, corporations donate to politicians who are ideologically aligned with their interests — thus, these politicians may have more money to try to win votes in elections.

It is intriguing that, in our case study, key congressmen, who proposed amendments that shaped the legislation to turn it less interventionist, were heavily funded by corporations that had been a defendant in an antitrust case.⁷⁴ In the campaign that elected him to the Senate, Dornelles received 95.40%⁷⁵ of his campaign fund⁷⁶ from corporations that had been a defendant in an antitrust case.⁷⁷

Similarly, Senator Agripino Maia, from the conservative Democrats Party (DEM former PFL), received 80.01% of his campaign fund from corporations that had been a defendant in an antitrust case.⁷⁸ His participation in the bill was surgical but effective. Agripino Maia proposed an amendment to exclude exclusive-dealing agreements from the list of examples of anticompetitive practices (article 36, paragraph 3, item XIX, of the bill). He argued that exclusive-dealing agreements bring the following benefits: they incentivise companies to invest, result in more employment, give companies better conditions to negotiate, and enhance consumer welfare.⁷⁹ Therefore, his amendment turned the bill less interventionist because he was concerned about

⁷⁴ I assume that not all companies would be concerned about an antitrust bill's potential excessive intervention and would lobby to avoid that. It seems reasonable to assume that the corporations that would be more inclined to concern about the potential excessive intervention of an antitrust bill would be the ones that have faced an antitrust case at CADE, as defendants. Of course, there might be exceptions — for example, a cartel company that was never caught would also be concerned about the fine for cartel. But this is hard to control and consider. And it is unclear if this hypothetical company would actually lobby because this could raise questions about the company's motivation for the lobbying and risk the hidden ongoing cartel.

⁷⁵ From the total of R\$ 1,415,080.45 traced donations received, R\$ 1,350,000 came from corporations that had been a defendant in an antitrust case: Fratelli Vita Bebidas S.A. (Ambev), Construtora Barbosa Mello SA, Itau Unibanco S.A., Gerdau Acos Longos S.A., Edmundo Safdie (Helibras), Caemi Mineração e Metalurgia S/A, Aracruz Celulose SA, Unibanco-União de Bancos Brasileiros, and Golden Cross Assistencia Internacional de Saúde Ltda.

⁷⁶ To establish who were the congressmen's donors, I used the data on campaign finance published by the think tank *Transparência Brasil*, who collected and organised official data from the Superior Electoral Tribunal. *As Claras — Quem financia quem nas eleições. Transparência Brasil*. Available at: <<http://www.asclaras.org.br/@index.php>> accessed: 9 June 2021. Subsequently, I searched CADE's data through their institutional online search engine, looking for proceedings in which the corporate donors were defendants — *Pesquisa Processual. CADE*. Available at: <<http://www.cade.gov.br/assuntos/processos-1>> accessed 22 July 2018. If the search resulted negative, I looked at the company's website or at websites that publish data on corporate ownership (such as the S&P Global Market Intelligence, which is published by Bloomberg) to check if the donor is part of a corporate group who faced an antitrust case. Brazil lacks an official online platform gathering corporate structures. The official data on the Brazilian corporate structures is dispersed among the state commercial registries and is difficult to access (CARAZZA, 2018, p. 49). I considered any antitrust case faced by the corporation, or by its group, before the amendment was proposed.

⁷⁷ I consider as a donation from the “economic group/corporation” not only the donations made strictly by the corporation itself as a legal entity, but also the donations made by the individuals who are shareholders that control de company, by the individuals who are part of the board of the company, or are top executives (starting from a director of the company to the top of the hierarchical structure). I considered only the corporations who donated in the campaign for the mandate in which the congressmen proposed the amendment. For instance, if the amendment was proposed in 2008 by a congressman elected in 2006, I looked for the donors who donated during that campaign. It was impractical to analyse the campaigns right after the politicians finished their mandate. Dornelles did not dispute another federal election — he ran for vice-governor of the state of Rio de Janeiro, therefore, he was involved in other dynamics of interests. And when Agripino Maia ran for Senate in 2018, corporate donations were already banned in the Brazilian political finance legal framework.

⁷⁸ From the R\$ 745.740,22 traced donations received, R\$ 596,634.79 came from corporations that had been a defendant in an antitrust case: Itau Unibanco S.A., Ticket Servicos S.A., Banco Credito Real de Minas Gerais (Bradesco), Cimento Poty S/A (Votorantim), Nitrocarbono S/A, Klabin S.A., Usina Estivas S/A (Louis Dreyfus), Cia de Tecidos Norte de Minas, and Camanor Produtos Marinhos Ltda (Aquatec).

⁷⁹ *Diário do Senado Federal*, 2 de dezembro de 2010, pp. 54817–54818.

excessive punishment. Agripino Maia's amendment ended up being accepted by the party leaders and, thus, shaped the Antitrust Act 2011.

By contrast, when the bill returned to the Chamber of Deputies, the rapporteur was deputy Pedro Eugênio, from the centre-left Workers' Party (PT). He was responsible for reviewing all amendments that came from the Senate. Eugênio received only 28.42%⁸⁰ of his campaign fund from companies that had been a defendant in an antitrust case — i.e., much less than Dornelles and Agripino Maia. And, when analysing the amendments, he had a very different pattern vis-à-vis the pattern of Dornelles and Agripino Maia. Deputy Eugênio was predominantly concerned about insufficient punishment in cartel and abuse of dominance cases, as well as insufficient merger control.

This pattern converges with the results of an article by Santos et al. (2015), which found a statistically significant association between corporate contributions and congressmen's cooperation in matters of the interest of CNI. The pattern found in this case study also converges with another finding of Santos et al. (2015) that the "rightmost the congressman is placed on the ideological spectrum, the more likely he will cooperate with the interests of the CNI in the nominal voting".⁸¹

But while it might be tempting to conclude that business lobbying and/or corporate donations did, in fact, shape antitrust legislation, we should try not to overclaim. It is difficult to isolate campaign finance money and lobbying from other causal factors and safely affirm that they were what caused a given political outcome.

4. CONCLUSIONS OF THE ARTICLE

The research for this article found that business organisations and their leaders have consistently monitored and tried to influence the outcome of antitrust bills and legislation — from the first Decree-Law n° 869 in 1938, to the current Antitrust Act 2011.

The pattern of business elites has been of lobbying for a less interventionist antitrust legislation or even the entire repeal of the antitrust legislation, with very rare exceptions.⁸² The CNI, the largest and leading industrial representative organisation in Brazil,⁸³ have always lobbied against alleged excessive antitrust intervention. Other researchers have found a similar pattern — e.g., Cabral (2020) while analysing the Decree-Law n° 7666/45 and Loureiro (2012, p. 138) while analysing the legislative process of the Antitrust Act 1962.

The current Antitrust Act 2011 is less interventionist than the Act of 1994, particularly when it comes to anticompetitive practices by corporations and their

⁸⁰ From the R\$ 862,004.64 traced donations received, R\$ 245.000 came from corporations that had been a defendant in an antitrust case: Construções e Comercio Camargo Correa S/A, Gerdau Comercial de Aços S.A., Asa Industria e Comercio Ltda, Construtora OAS S.A., Egesa Engenharia S/A, Usina Sao Jose S/A (Grupo Petribu), and Ticket Servicos S.A.

⁸¹ The authors analysed the behaviour of 1,171 congressmen, totalling 9,903 votes in the plenary. They tried to overcome part of the causation problem, by isolating money from ideology, as well as "background", that is, if the politician was a businessman before joining politics.

⁸² The support of FIESP to the Law n° 8158 from 1991; the support of very few large businessmen from São Paulo to the Antitrust Act 1994 (although the hegemonic group in their representative body, the FIESP, was radically against the bill); and three statements from organisations of small and medium companies, and their leaders, in support of the Antitrust Act 1994 (but voiced after the enactment of the Act).

⁸³ Created in 1938, the CNI embraces 27 state industrial federations and the federal district, and about 1,300 industrial employers' unions (SANTOS, 2011, p. 42).

administrators. In contrast with the Act 1994, the Act of 2011 was passed by politicians who received corporate donations — they were elected in an electoral environment in which corporate donations overwhelmingly dominated the funding of Brazilian political parties and candidates. The Act 2011 was turned less interventionist by amendments proposed Senators Francisco Dornelles and Agripino Maia, who were heavily funded by corporations that had been a defendant in antitrust cases. Senator Dornelles, in particular, was intensely lobbied by the CNI and his amendments highly converged with the confederation's lobbying. Due to Dornelles' amendments, corporations and their administrators have, in fact, been receiving smaller fines for anticompetitive practices since the enactment of the Antitrust Act 2011.

While it is hard to establish causation in matters of lobbying and corporate donations, the evidence gathered in this article shows that, during the making of antitrust legislation, business elites have been extremely dominant in those key channels of political influence, in which they have predominantly worked to avoid regulation. This pattern is distinct from the pattern of manifestations of labour unions and other workers' organizations. The statements from labour unions and other workers' organizations were in a much smaller number, and always in favour of antitrust bills and legislation.

Brazil still lacks a lobbying regulation, which would provide more data about the practice — for instance, on meetings between lobbyists and politicians. Since lobbying is inevitable in a democratic country, regulating it is crucial to make it more transparent and improve our knowledge about how our legislation are made, in fact.

REFERENCES

BELLO, Carlos Alberto. **Autonomia frustrada: o CADE e o poder econômico**. São Paulo: Boitempo Editorial, 2005.

CABRAL, Mário André Machado. A aplicação do antitruste no brasil: o mito da falta de efetividade da lei de crimes contra a economia popular de 1938. **Revista Nomos**, v. 38, n. 2, pp. 171–190, 2018.

_____. **A construção do antitruste no Brasil 1930–1964**. São Paulo: Editora Singular, 2020. Kindle edition.

CARAZZA, Bruno. **Dinheiro, eleições e poder: as engrenagens do sistema político brasileiro**. São Paulo: Companhia das Letras, 2018.

CARONE, Edgard. **A Terceira república (1937–1945): documentos**. Rio de Janeiro; São Paulo: Difel, 1976.

CARVALHO, Vinícius Marques; RAGAZZO, Carlos. **Defesa da concorrência no Brasil: 50 anos**. Brasília: Conselho Administrativo de Defesa Econômica, 2013.

CORSI, Francisco Luiz. O fim do Estado Novo e as disputas em torno da política econômica. **Revista de Sociologia e Política**, n. 6/7, 1996.

COUTINHO, Ruy. Entrevista. In: DUTRA, P. (Ed.). **Conversando com o CADE**. São Paulo: Singular, 2009.

DINIZ, Eli. Empresariado industrial, representação de interesses e ação política: trajetória histórica e novas configurações. **Revista Política & Sociedade**, v. 9 n. 17, pp. 101–139, 2010.

FRANCESCHINI, José Inacio Gonzaga; FRANCESCHINI, José Luiz Vicente de Azevedo. **Poder econômico: exercício e abuso: direito antitruste brasileiro**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1985.

GUIMARÃES, Fabrícia. Verbetes: Pensamento Nacional das Bases Empresariais (PNBE). **Centro de Pesquisa e Documentação de História Contemporânea do Brasil da Fundação Getúlio Vargas (CPDOC)**. Available at: <<http://www.fgv.br/cpdoc/acervo/dicionarios/verbete-tematico/pensamento-nacional-das-bases-empresariais-pnbe>> accessed: 15 April 2018.

LOUREIRO, Felipe. Relativizando o Leviatã: empresários e política econômica no governo Jânio Quadros. **Estudos Econômicos (São Paulo)**, 40, n. 3, pp. 561–585, 2010.

_____. **Empresários, trabalhadores e grupos de interesse: a política econômica nos governos Jânio Quadros e João Goulart, 1961–1964**. 2012. Tese de Doutorado em História – Universidade de São Paulo.

MAGALHÃES, Paulo Germano. Entrevista. **Revista de Direito Econômico do CADE**, n. 1, 1986.

MANCUSO, Wagner. Investimento eleitoral no Brasil: balanço da literatura (2001–2012) e agenda de pesquisa. **Revista de Sociologia e Política**, v. 23, n. 54, pp. 155–183, 2015.

MIOLA, Iagê Zendron. **Law and the economy in neoliberalism: the politics of competition regulation in Brazil**. PhD in Law and Society. Milan: University of Milan, 2014.

NAVARRETE, Pedro Henrique. **As origens do sistema brasileiro de defesa da concorrência: o CADE (1962–1994)**. 2013. Dissertação de Mestrado em Economia – Universidade Federal do Rio de Janeiro.

JAMBEIRO, OTHON et al. O Estado Novo, o rádio e seus órgãos reguladores. **Contemporanea – Revista de Comunicação e Cultura**, 1, n. 1, pp. 205–221, 2003.

PAYNE, Leigh A. **Brazilian industrialists and democratic change**. Baltimore; London: Johns Hopkins University Press, 1994.

PRADO, Luiz Carlos Delorme. Defesa da concorrência e desenvolvimento: notas sobre o debate e sua aplicação no caso brasileiro. *In: Estratégias de desenvolvimento, política industrial e inovação: ensaios em memória de Fabio Erber*. Rio de Janeiro: Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social, 2014.

SANTOS, Flávia Chiquito. **Aplicação de penas na repressão a cartéis: uma análise da jurisprudência do CADE**. 2014. Dissertação de Mestrado em Direito – Universidade de São Paulo.

SANTOS, Manoel Leonardo. **O parlamento sob influência: o lobby da indústria na Câmara dos Deputados**. 2011. Tese de Doutorado em Ciência Política – Universidade Federal de Pernambuco.

SANTOS, Manoel Leonardo et al. Financiamento de campanha e apoio parlamentar à agenda legislativa da indústria na Câmara dos Deputados. *Opinião Pública*, 21, pp. 33–59, 2015.

SCHNEIDER, Ben Ross. **Business politics and the state in twentieth-century Latin America**. Cambridge; New York: Cambridge University Press, 2004.

SILVA, Heber Ricardo. **A democracia impressa: transição do campo jornalístico e do político e a cassação do PCB nas páginas da grande imprensa, 1945–1948**. São Paulo: Cultura Acadêmica (Coleção PROPG Digital – UNESP), 2009.

TODOROV, Francisco; FILHO, Marcelo Torres. History of competition policy in Brazil: 1930–2010. *The Antitrust Bulletin*, 57, n. 2, pp. 207–257, 2012

