

NOMOS

REVISTA DO PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO DA UFC

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



NOMOS

Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC

Fortaleza

2024

NOMOS

Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC
Volume 44.1 — Jan./Jun. 2024

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
Jefrrey 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 – ARTIGOS

Ana Gabriela Braga

Realizou pós-doutorados junto ao Centro em Rede de Investigação em Antropologia (CRIA - UMinho) e à Universidade em Brasília (UnB). Mestra e doutora em Direito Penal e Criminologia pela Universidade de São Paulo (USP) com período sanduíche junto ao Departamento de Antropologia da Universitat de Barcelona (UB). Professora da Graduação e Pós-Graduação em Direito na Faculdade de Ciências Humanas e Sociais da Universidade Estadual Paulista.

Andressa Oliveira Soares

Doutoranda em Direito Internacional na Universidade de São Paulo com período sanduíche na Université de Paris-Nanterre. Mestra em Direito e Inovação pela Universidade Federal de Juiz de Fora e graduada em Direito pela mesma instituição, com período sanduíche realizado na Scuola di Giurisprudenza da Università degli Studi di Camerino, Itália.

Beatriz de Castro Rosa

Doutora (2008) e mestre (2003) em Direito Constitucional pela UFMG. Professora do curso de Direito da Escola Superior Dom Helder Câmara. Pesquisadora do Centro de Excelência Europeu Jean Monnet UFMG.

Beatriz Souza Costa

Mestre e Doutora em Direito Constitucional (UFMG), com Pós-Doutorado na Universidade de Castilla- La Mancha sobre Patrimônio Cultural. Docente do Programa de Mestrado e Doutorado em Direito Ambiental e Desenvolvimento Sustentável. Professora do Programa de Pós-Graduação da Escola Superior Dom Helder Câmara.

Camilo Onoda Caldas

Pós-doutor pela Universidade de Coimbra. Doutor em Filosofia e Teoria Geral do Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Mestre em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Bacharel em Filosofia pela FFLCH-USP. Professor do Programa de Mestrado da Escola Paulista de Direito (EPD), da Faculdade Lumina de Direito e da Universidade São Judas Tadeu. Pesquisador no Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales.

Celso de Barros Correia Neto

Doutor em Direito Econômico, Financeiro e Tributário pela Universidade de São Paulo (2013). Consultor Legislativo da Câmara dos Deputados e Advogado. Exerce o cargo de Diretor-Geral da Câmara dos Deputados. Foi Assessor e Chefe de Gabinete de Ministro do Supremo Tribunal Federal. Professor do Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa (IDP).

Cristiana Fortini

Doutora em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Professora do Mestrado, Doutorado e Graduação da Faculdade de Direito da UFMG. Professora da Faculdade Milton Campos. Visiting Scholar na George Washington University. Professora Visitante na Universidade de Pisa. Presidente do Instituto Brasileiro de Direito Administrativo (IBDA). Atualmente é representante MG do Instituto Brasileiro de Direito Sancionatório (IDASAN) e Diretora em Minas Gerais do Instituto Brasileiro de Estudos da Infraestrutura (IBEJI).

Denise Andrade

Pós doutora em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Doutora e Mestre em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza - UNIFOR. Visiting Professor da Shepherd University - West Virginia (USA). Professora do Mestrado Acadêmico e da graduação em Direito do Centro Universitário Christus. Professora da Fundação Getúlio Vargas - FGVLaw São Paulo. Co-coordena o Grupo de Pesquisa(CNPq) Mulheres e Democracia.

Gabriel Braga Guimarães

Doutorando em Direito na Universidade Federal do Ceará (UFC) em cotutela com a Université Paris Cité, na França. Mestre em Direito do Desenvolvimento Sustentável pela Université Paris Cité (França). Mestre em Direito pela Universidade Federal do Ceará (UFC). Bolsista da Fundação Cearense de Apoio ao Desenvolvimento Científico e Tecnológico (FUNCAP).

Gianfranco Faggin Mastro Andrea

Mestre e Doutor em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Professor de Direito na Universidade Santa Rita (2018). Professor de Direito da Universidade Paulista. Membro do Grupo de Pesquisa "Cidadania, Constituição e Estado Democrático de Direito". Analista do Ministério Público da União/Ministério Público Federal.

Jamile Bergamaschine Mata Diz

Coordenadora do Centro de Excelência Europeu e da Cátedra Jean Monnet Direito UFMG. Professora da Faculdade de Direito da UFMG. Doutora em Direito Comunitário - Universidad de Alcalá - Espanha. Mestre em Instituciones y Políticas de la UE pela UCJC-Madrid. E-mail: jmatadiz@yahoo.com.br.

Jeferson Teodorovicz

Professor do Programa de Mestrado em Políticas Públicas e Governo da FGV EPPG, em Brasília Brasília. E-mail: jeferson.teodorovicz@fgv.br.

José Carlos Francisco

Professor da Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie, vinculado ao Programa de Pós-Graduação em Direito Político e Econômico. Mestre e Doutor em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP. Líder do Grupo de Pesquisa CNPq Cidadania, Constituição e Estado Democrático de Direito.

Julia Motte-Baumvol

Professora da Faculdade de Direito da Universidade Paris Cité. Pós-doutora pela Université de Genève. Doutora em Direito Internacional Público pela Université Paris I Panthéon- Sorbonne. Professora Associada na Sorbonne Université Abu Dhabi. Pesquisadora Visitante do Instituto de Direito Europeu e Comparado (Oxford University).

Luiz Alberto Gurgel de Faria

Doutor e Mestre em Direito Público pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE). Professor Adjunto da UnB e Titular nos PPGDs do IDP e da UNINOVE. Coordena grupos de pesquisa em tributação, reforma tributária e regulação. Atuou como Juiz do Trabalho, Juiz Federal, Desembargador e Presidente do TRF5. Ministro do Superior Tribunal de Justiça.

Manoela Carneiro Roland

Mestra em Relações Internacionais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro e Doutorado em Direito Internacional e da Integração Econômica pela Universidade Estadual do Rio de Janeiro (UERJ). Professora na Universidade Federal de Juiz de Fora e Programa de Pós-Graduação em Direitos Humanos da Pontifícia Universidade Católica- RJ.

Marcos Vinicius Sales dos Santos

Doutor e Mestre em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Especialista em Direito Civil pela UFBA e Bacharel em Direito pela UEFS. Integra o Grupo de Pesquisa "Cidadania, Constituição e Estado Democrático de Direito". Procurador do Município de São Paulo e Advogado.

Maria Edelvacy Marinho

Doutora em Direito pela Universidade Paris 1 - Panthéon Sorbonne. Mestra em Direito das Relações Internacionais. Professora na Universidade Presbiteriana Mackenzie e Cofundadora do Instituto Liberdade Digital. Diretora de Pesquisa do Datasphere Initiative. Pesquisadora do Observatório Jurídico da Inovação da USP. Advogada.

Rose Raphaele Pereira de Sousa

Mestra em Processo e Direito ao Desenvolvimento pela Unichristus. Especialista em Direito e Processos Administrativos pela Universidade de Fortaleza (2009) e graduada em Direito pela mesma instituição (2007). Advogada, atualmente ocupa cargo comissionado de Articuladora na Assessoria Jurídica da Secretaria do Planejamento e Gestão do Estado do Ceará.

Tatiana Cristina Leite Aguiar

Doutora e mestra em Direito do Estado pela PUC/SP. Especialista em Direito Tributário pelo IBET, em Direito Público pela UFRN e em Direito Homoafetivo e de Gênero pela Unisanta. Coordenadora de ESG e Professora.

Tchenna Fernandes Maso

Doutora em Direito pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). Mestre em Integração Contemporânea da América Latina (ICAL) pela Universidade Federal da Integração Latino-Americana (2016). Especialista em Energia no Capitalismo

Contemporâneo pela Universidade Federal do Rio De Janeiro (UFRJ) (2015). Graduada em Direito pela UFPR (2013).

Thiago Holanda González

Doutorando em Direito pela Universidade de Brasília (UnB). Mestre em Direito Constitucional pelo Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa (IDP). Procurador do Estado do Rio Grande do Sul. Coordenador da Procuradoria junto aos Tribunais Superiores da PGE/RS. Presidente da Câmara Técnica do Colégio Nacional dos Procuradores-Gerais dos Estados e do Distrito Federal (CONPEG).

SUMÁRIO

ARTIGOS

AMAMENTAÇÃO NO CÁRCERE: A REALIDADE DAS MULHERES PRIVADAS DE LIBERDADE E A (IN)EXISTÊNCIA DE POLÍTICAS PÚBLICAS DE AMAMENTAÇÃO
Denise Andrade , Beatriz de Castro Rosa , Rose Raphaele Pereira de Sousa 13

PROPOSTAS DE INSTITUIÇÃO DO *DIGITAL SERVICES TAX* E O FEDERALISMO FISCAL BRASILEIRO
Thiago Holanda González, Celso de Barros Correia Neto, Luiz Alberto Gurgel de Faria 33

SUSTENTABILIDADE E JUDICIALIZAÇÃO DE DIREITOS SOCIAIS: DENSIDADE NORMATIVA POR PADRÕES CIENTÍFICOS E POR REFERÊNCIAS ORÇAMENTÁRIAS
Gianfranco Faggin Mastro Andrea , José Carlos Francisco , Marcos Vinicius Sales dos Santos 57

CONFLITOS PELAS TERRAS INDÍGENAS NO BRASIL: UM ESTUDO SOBRE A APLICAÇÃO DAS DECISÕES DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS NOS TRIBUNAIS BRASILEIROS
Beatriz Souza Costa , Cristiana Fortini , Jamile Bergamaschine Mata Diz 81

ORÇAMENTO SENSÍVEL AO GÊNERO: UMA FERRAMENTA PARA O DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL E EQUIDADE
Tatiana Cristina Leite Aguiar , Maria Edelvacy Marinho , Camilo Onoda Caldas 99

CODIFICAÇÃO TRIBUTÁRIA: A INFLUÊNCIA ESTRANGEIRA E IMPACTOS NA EXPERIÊNCIA BRASILEIRA
Jeferson Teodorovicz 115

CIDADANIA, SANGUE E TERRITÓRIO: RACISMO E COLONIALISMO NO ENCARCERAMENTO DE MÃES EM PORTUGAL
Ana Gabriela Braga 147

SOLIDARITY UNDER ÉMILE DURKHEIM'S THEORY AND ITS (IN)COMPATIBILITY WITH INTERNATIONAL LAW
Julia Motte-Baumvol , Gabriel Braga Guimarães 161

THE NEED FOR DIRECT OBLIGATIONS FOR BUSINESSES ON THE INTERNATIONAL TREATY ON BUSINESS AND HUMAN RIGHTS: AN ANALYSIS OF THE INTER-AMERICAN SYSTEM OF HUMAN RIGHTS CASE LAW
Andressa Oliveira Soares , Manoela Carneiro Roland , Tchenna Fernandes Maso 179



ARTIGOS

AMAMENTAÇÃO NO CÁRCERE: A REALIDADE DAS MULHERES PRIVADAS DE LIBERDADE E A (IN)EXISTÊNCIA DE POLÍTICAS PÚBLICAS DE AMAMENTAÇÃO

Denise Andrade [1],
Beatriz de Castro Rosa [2],
Rose Raphaele Pereira de Sousa [3]

RESUMO

O encarceramento é problema recrudescente no mundo e no Brasil e o aumento do encarceramento feminino no Brasil nas últimas duas décadas, especialmente, demanda que se reforce a análise desse fenômeno influenciado por diversas variáveis. Alie-se a esse cenário já complexo, a condição de gestante e/ou lactante para algumas mulheres. A pesquisa realizada teve como objetivo investigar a questão da efetivação de direitos das mulheres em contexto de encarceramento no Brasil e verificar a (in)existência de políticas públicas voltadas para o acolhimento de mulheres lactantes durante sua detenção. Ao analisar diversos documentos relacionados ao aleitamento materno, percebeu-se que em nenhum momento é mencionada a realidade das mulheres encarceradas, o que revela um esquecimento por parte do Estado. Essa omissão é preocupante, uma vez que o aleitamento materno, quando possível, seja por questões de saúde física e\ou mental, e sendo de interesse da mulher lactante, traz benefícios significativos para a saúde e o bem-estar tanto da mãe quanto do bebê. Percebeu-se a ausência de políticas públicas que garantam o aleitamento materno para mulheres encarceradas, ainda que haja diretrizes elaboradas pelo Ministério da Saúde nesse sentido. A metodologia utilizada para a pesquisa incluiu a consulta de fontes bibliográficas e documentais, como livros, artigos científicos, dissertações, teses e estatísticas governamentais.

[1] Pós doutora em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Doutora e Mestre em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza - UNIFOR. Visiting Professor da Shepherd University - West Virginia (USA). Professora do Mestrado Acadêmico e da graduação em Direito do Centro Universitário Christus. Professora da Fundação Getúlio Vargas - FGVLaw São Paulo. Co-coordena o Grupo de Pesquisa(CNPq) Mulheres e Democracia.

[2] Doutora (2008) e mestre (2003) em Direito Constitucional pela UFMG. Professora do curso de Direito da Escola Superior Dom Helder Câmara. Pesquisadora do Centro de Excelência Europeu Jean Monnet UFMG.

[3] Mestra em Processo e Direito ao Desenvolvimento pela Unichristus. Especialista em Direito e Processos Administrativos pela Universidade de Fortaleza (2009) e graduada em Direito pela mesma instituição (2007). Advogada, atualmente ocupa cargo comissionado de Articuladora na Assessoria Jurídica da Secretaria do Planejamento e Gestão do Estado do Ceará.

PALAVRAS-CHAVE: Aleitamento materno; política pública; mulheres; vulnerabilidade; encarceradas.

BREASTFEEDING IN PRISON: THE REALITY OF INCARCERATED WOMEN AND THE (IN)EXISTENCE OF BREASTFEEDING PUBLIC POLICIES

ABSTRACT

Incarceration is a growing problem in the world and in Brazil, and the increase in female incarceration in Brazil in the last two decades, especially, demands that the analysis of this phenomenon influenced by several variables be reinforced. Allied to this already complex scenario, the condition of pregnant and/or breastfeeding for some women. The research was carried out with the aim of investigating the issue of female incarceration in Brazil and identifying the lack of public policies aimed at accommodating pregnant and/or breastfeeding women during their detention. The specific focus of the study was the absence of breastfeeding policies for incarcerated women, which were not adopted in the guidelines drawn up by the Ministry of Health. When analyzing various documents related to breastfeeding, it was noticed that at no point is the reality of incarcerated women mentioned, which reveals an oversight on the part of the state. This omission is worrying, since breastfeeding is extremely important for the health and well-being of both mother and baby. The methodology used for the research included consulting bibliographic and documentary sources, such as books, scientific articles, dissertations, theses and government statistics.

KEYWORDS: *Breastfeeding; public policy; women; vulnerability; prisoners*

INTRODUÇÃO

A realidade das mulheres privadas de liberdade no Brasil apresenta desafios significativos, especialmente no que tange à promoção da saúde materno-infantil e ao apoio à amamentação. Embora o aleitamento materno seja reconhecido como um direito fundamental e uma prática essencial para o desenvolvimento infantil, as políticas públicas destinadas a apoiar mães presas frequentemente são escassas ou inexistentes. Este artigo analisa a intersecção entre a privação de liberdade e a falta de políticas efetivas de amamentação, discutindo como essa lacuna impacta a saúde e o bem-estar tanto das mães quanto de seus filhos. A partir de uma revisão da literatura e da análise de dados, busca-se evidenciar a urgência de uma abordagem integrada que respeite os direitos das mulheres encarceradas e promova a amamentação como uma prática essencial para a saúde pública.

No contexto brasileiro, um exemplo de política pública é a política nacional de aleitamento materno, promovida pelo Ministério da Saúde desde 1981. A criação e pactuação da Política Nacional de Promoção, Proteção e Apoio ao Aleitamento Materno no Brasil teve início em 2010, em resposta à necessidade de fortalecer as iniciativas de incentivo ao aleitamento materno implementadas no país desde a década de 1980.

Essa política busca articular e integrar essas ações, visando maximizar seu impacto. A estratégia adotada envolveu a linha de cuidado e o alinhamento aos princípios e diretrizes do Sistema Único de Saúde (SUS), no contexto da consolidação das Redes de Atenção à Saúde (RAS). Ademais, buscou induzir ações intersetoriais que assegurem o direito das crianças, suas mães e famílias à amamentação exclusiva nos primeiros seis meses de vida, e sua continuidade até os dois anos ou mais, em conformidade com as recomendações da Organização Mundial da Saúde (OMS) e do Ministério da Saúde (MS).

Tem, ainda, como objetivo, promover, proteger e apoiar a amamentação, uma vez que o leite materno é essencial para a saúde e o desenvolvimento das crianças. Além disso, amamentar também traz benefícios para as mães, fortalecendo o vínculo afetivo com seus filhos. Em que pese essa realidade, é imprescindível esclarecermos que a mulher não pode ser reduzida à condição de reprodutora e nutriz, sendo impositivo que as necessidades e limites da mãe sejam observadas e atendidas, por óbvio, sem colocar em risco a vida ou a saúde da criança.

As políticas públicas de amamentação no Brasil, conforme indicam dados do Ministério da Saúde, têm avançado nas últimas décadas, com iniciativas como a Rede Brasileira de Bancos de Leite Humano e campanhas de incentivo ao aleitamento materno. Segundo dados do Ministério da Saúde (MS), o Brasil vem evoluindo nas taxas de amamentação ao longo das décadas, mas ainda está abaixo do recomendado pela Organização Mundial de Saúde (OMS).

Sob essa ótica, é possível notar que nas iniciativas sobre aleitamento materno existe um cuidado para com os vulneráveis da situação (criança e mulher), todavia fica evidenciado que há uma lacuna quanto às mulheres que se encontram privadas de liberdade. Daí a relevância de questionar sobre o direcionamento de políticas de aleitamento materno para mulheres encarceradas.

Como desafios a serem superados para garantir que todas as mulheres tenham condições adequadas para amamentar, é possível citar, a falta de informação e apoio adequado a lactantes, a dificuldade de conciliar o aleitamento com a vida profissional, a necessidade de conscientização da sociedade em relação à importância da amamentação.

1 O CÁRCERE FEMININO NO BRASIL

A Constituição Federal de 1988 instituiu o princípio da dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado. O referido princípio tem como característica o fato de que seu conceito está em constante desenvolvimento e em permanente processo de edição. Quando o constituinte originário tornou a dignidade da pessoa humana como princípio fundamental do Estado, incumbiu uma responsabilidade ao Poder Público em garantir as condições mínimas para uma vida digna, bem como uma proteção aos indivíduos contra os eventuais abusos, assim descreve Ingo Wolfgang Sarlet, acerca da dignidade humana é:

> [...] qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos. (SALERT, 2009, p. 59-60).

Paradoxalmente a visão ideal acima descrita é desafiada pelas práticas contemporâneas, especialmente das políticas neoliberais que, em vez de abordar as causas sociais da insegurança, intensificam a repressão e o controle social. A promoção

efetiva da dignidade exige não apenas a proteção contra abusos, mas também a implementação de políticas econômicas e sociais que subsidiem condições mínimas de vidas adequadas. Afinal, uma abordagem punitiva isolada não pode substituir a necessidade de uma estratégia mais abrangente de promoção da dignidade.

> A penalidade neoliberal apresenta o seguinte paradoxo: pretende remediar com um "mais Estado" policial e penitenciário o "menos Estado" econômico e social que é a própria causa da escalada generalizada da insegurança objetiva e subjetiva em todos os países, tanto do Primeiro como do Segundo Mundo. (WACQUANT, 2011, p. 9).

O encarceramento, muitas vezes associado a condições desumanas, viola esse princípio, resultando em situações de violência, superlotação e negligência que afetam diretamente a saúde física e mental dos detentos. Essa realidade é ainda mais acentuada no caso das mulheres, que enfrentam não apenas as dificuldades do encarceramento, mas também a privação de direitos essenciais, como o cuidado materno e a possibilidade de amamentação.

Marisa Feffermann (2013) argumenta que os presídios brasileiros estão superlotados por membros da comunidade negra, uma realidade que decorre da perspectiva mencionada. A autora mencionada também destaca que o governo brasileiro tem sido reincidente na violação dos direitos humanos, especialmente em relação aos cidadãos de baixa renda. Para Sueli Carneiro (2011, p. 15) "perdura uma questão essencial dos direitos humanos: a prevalência da concepção de que certos humanos são mais ou menos humanos do que outros, [...], leva à naturalização da desigualdade de direito".

A lógica do punitivismo abriga a obrigatoriedade do aprisionamento com a clara intenção de punir o sujeito que praticou um ato ilegal e defender a prevenção de novos crimes. O sistema que busca assegurar o pleno respeito aos direitos da sociedade é aquele que priva a liberdade para cumprir as penalidades impostas pelo Governo, (Bessa, 2007, p. 125) sem, contudo, garantir o respeito a direitos fundamentais inegociáveis, como saúde e integridade física: "O fracasso do sistema prisional brasileiro é uma evidência inafastável, em razão do descumprimento de suas propaladas promessas de repressão, prevenção e ressocialização. Ao reverso, o ambiente carcerário representa um fator criminogênico de primeira magnitude" (Andrade; Bertolin; Bessa, 2023, p. 250). Sob o mesmo prisma, Juliana Borges explica que "a prisão, como entendemos hoje, surge como espaço de correção. Porém, mais distorce do que corrige" (2018, p. 19).

Para além da discussão geral sobre os problemas do sistema carcerário brasileiro, temos as singularidades do encarceramento feminino que seguem ignoradas, em um contexto que historicamente é excludente e silenciado, soma-se à discriminação de gênero.

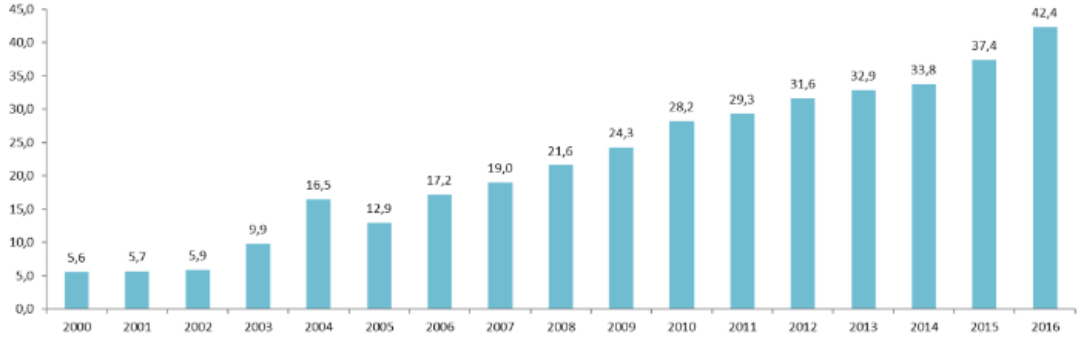
> [...] as prisões foram feitas para os homens e adaptadas para as mulheres e, em que pese a previsão de inúmeros direitos resguardados às mulheres presas na Lei de Execução Penal, os dados revelam que, à título de exemplo, apenas 41% dos presídios femininos disponibilizam locais para visitas íntimas, apenas 16% das prisões possuem dormitórios para gestantes e

> somente 14% dispõem de berçários ou centros de referência materno-infantil. O não pertencimento da mulher não se limita, assim, à vida em sociedade e à ocupação de espaços de poder. Se estende, também, àquelas privadas de liberdade. É importante conhecer, ainda, o perfil das mulheres presas no Brasil: são jovens, mães, provedoras do lar, com baixa escolaridade e, em sua maioria, negras. As mulheres presas são aquelas que acumulam marcadores sociais de vulnerabilidade. São aquelas que ocupam a base da pirâmide socioeconômica. São mães, a maior parte solteiras, que, antes da prisão, já encontravam resistência para a entrada no mercado formal de trabalho. (BORGES, 2022, online).

No julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 347, o Supremo Tribunal Federal (STF) reconheceu que existe o estado de inconstitucionalidade no sistema carcerário brasileiro.

> O argumento, normalmente invocado pelos partidários das políticas punitivas, segundo o qual a inflação carcerária se traduz necessariamente por uma redução mecânica da criminalidade por causa do seu efeito de `` neutralização` dos condenados colocados entre quatro paredes, parece cheio de bom senso, mas se visto de perto, mostra-se totalmente ilusório. Afinal, quando aplicado à delinquência de baixa periculosidade, o encarceramento sem freios equivale a `recrutar` novos delinquentes por efeito de substituição. Assim, um pequeno traficante de drogas detido é logo substituído por um outro, com a condição de haver uma demanda solvível por sua mercadoria e uma expectativa de lucro. E se este substituto for um novato desconhecido no local, estará mais predisposto a agir de forma violenta para se firmar e garantir o seu negócio, o que se traduzirá, em termos mais amplos, num aumento de ilícitos (WACQUANT, 2019, p. 461).

Nesta toada, quando se formatou a análise das Regras de Bangkok acerca do aprisionamento das mulheres o Conselho Nacional de Justiça – CNJ (Brasil, 2016, p. 11) registrou o aumento do encarceramento feminino nas últimas décadas "[...] trazendo impacto para as políticas de segurança, administração penitenciária, assim como para as políticas específicas de combate à desigualdade de gênero". O gráfico abaixo mostra um incremento surpreendente no número de mulheres encarceradas, que aumentou em mais de 700%, em pouco mais de 15 anos.



Fonte:

Gráfico 1: Evolução das mulheres privadas de liberdade (em mil) entre 2000 e 2016

DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL DO MINISTÉRIO DA JUSTIÇA E SEGURANÇA PÚBLICA. 2016

O relatório intitulado Idade e Gênero da População Prisional, formatado pela Secretaria Nacional de Políticas Penais (Brasil, 2023), informa que no período de julho a dezembro de 2022 a população prisional em prisões estaduais em celas físicas era num total de 642.638 (seiscentos e quarenta e dois mil e seiscentos e trinta e oito) pessoas, e deste total 27.547 (vinte e sete mil e quinhentos e quarenta e sete) são mulheres.

No que tange às prisões estaduais com presos em prisão domiciliar havia um total de 183.603 (cento e oitenta e três mil e seiscentos e três) pessoas, sendo deste total 17.712 (dezessete mil e setecentos e doze) mulheres. Já nas prisões federais havia um total de 499 (quatrocentos e noventa e nove) pessoas, e não consta nenhum dado sobre as mulheres encarceradas.

Interligando o achado acima descrito também consta como dados oficiais fornecidos pela publicação do Sistema Prisional em Números, elaborada pelo Conselho Nacional do Ministério Público (Brasil, 2022), que, no ano de 2022, havia a cifra total de 42.231 (quarenta e duas mil e duzentos e trinta e uma) mulheres no cárcere, sendo 246 (duzentos e quarenta e seis) gestantes. Ademais, a quantidade de crianças com relação à existência de unidade materno-infantil no Brasil era distribuída da seguinte forma: Sudeste com sessenta e quatro; Sul com doze; Nordeste com 10; Centro-Oeste com cinco; e Norte com quatro.

Ressalta-se que em Sergipe foram catalogadas mais duas crianças que não estavam no ambiente prisional, e não se encontravam em unidade materno-infantil. Esses dados demonstram aspectos preocupantes sobre o sistema prisional, pois urge políticas específicas que garantam a saúde e o bem-estar das mães e de seus recém-nascidos. Além disso, a presença de gestantes nas prisões indica a urgência de condições adequadas para atender às necessidades específicas das mulheres, mormente no cuidado com a gestação, e quanto à proteção dos recém-nascidos.

Os dados oficiais corroboram o entendimento de Borges (2018, p. 62) que discute a condição das mulheres no cárcere, e o caminho percorrido desde o submetimento à condição de mentalmente incapaz, passando pelo confinamento religioso até chegar ao cárcere propriamente dito:

> [...] Enquanto as prisões emergiam, ironicamente, como espaços de humanização da punição – transformando-se a privação de liberdade em punição –, as mulheres permaneciam subjugadas no ambiente privado, inclusive com leis que garantiam castigos físicos. Mas um dado importante na história punitiva sobre as mulheres é de que, ao passo que homens começaram a ser penalizados em prisões, foram utilizados contra as mulheres os hospitais psiquiátricos, as instituições mentais, os conventos e os espaços religiosos. (BORGES, 2018, p. 62)

Destaca-se que a primeira penitenciária para mulheres no Brasil - a Penitenciária Madre Pelletier - foi fundada em 1937, em Porto Alegre, por freiras da Igreja Católica com objetivo de abrigar mulheres não ajustadas aos padrões sociais desejados:

> Era uma casa destinada a criminosas, mas também a prostitutas, moradoras de rua e mulheres "desajustadas". E "desajustadas", naquela época, podia significar uma série de coisas muito distantes do desajuste. Eram mandadas para lá, por exemplo, mulheres "metidas a ter opinião", moças que se recusavam a casar com os pretendentes escolhidos pelos pais ou até "encalhadas" que, por falta de destreza nas tarefas do lar, tinham dificuldades em arrumar marido. -Era um processo de "domesticação". Eram mulheres que não cometiam crimes necessariamente, mas que deixavam maridos ou eram rejeitadas pela família – conta Maria José Diniz, assessora de Direitos Humanos da Secretaria de Segurança Pública do governo do Rio Grande do Sul. – Lá, as ensinavam a bordar, cozinhar e depois as mandavam de volta para a sociedade, para arrumar um bom partido para casar. (QUEIROZ, 2016, p. 134).

Ainda com relação aos dados oficiais temos a Secretaria Nacional de Políticas Penais (Brasil, 2023) que promoveu um relatório acerca do Aprisionamento feminino e a Faixa Etária dos Filhos que se encontram nos equipamentos prisionais, de julho a dezembro de 2022. No sistema estadual, com presos em celas físicas, tinha um total de 120 (cento e vinte) crianças, sendo 94 (noventa e quatro) na faixa etária de zero a seis meses; 25 (vinte e cinco) entre seis meses e um ano; e 1 (uma) na faixa entre um e dois anos. No que se refere aos presos em prisão domiciliar e nas prisões federais não há registro de crianças neste relatório.

Esses dados demonstram dados preocupantes sobre a presença de crianças em celas físicas, bem como um número elevado de crianças, em terna idade, em condições adversas, que podem afetar negativamente o desenvolvimento sadio. Apesar do relatório não registar a presença de crianças em prisões domiciliares ou em prisões federais, não se pode aferir que existam práticas diferenciadas ou políticas eficazes que protejam a saúde e o bem-estar infantil nesses contextos.

Em suma, o perfil da mulher detida confirma o perfil amplamente reconhecido de indivíduos presos em geral, destacando a condição de vulnerabilidade social e econômica que afeta as mulheres sujeitas ao sistema penal seletivo.

2 POLÍTICA PÚBLICA DE ALEITAMENTO MATERNO NO BRASIL

Consideram-se como políticas públicas, o conjunto de ações, decisões e práticas adotadas pelo Estado para promover o bem-estar social, e garantir direitos fundamentais à população. As políticas públicas envolvem fases em seu ciclo, que são a formulação, implementação e avaliação de planos, programas e projetos que visam atender às demandas e necessidades da sociedade, sendo uma ferramenta importante para enfrentar desafios e buscar soluções para problemas coletivos. Segundo conceito formulado por Maria Paula Dallari Bucci (2006, pág.11) (2006, p.11), e se refere como definição provisória "a um programa de ação governamental, visando realizar objetivos determinados".

Ademais, a política pública deve ser guiada por princípios como a igualdade, a justiça social, a eficiência e a participação democrática, uma vez que se entende indispensável a participação popular no processo tanto de tomada de decisão quanto da destinação dos recursos públicos.

> Pensar em política pública é buscar a coordenação, seja na atuação dos Poderes Públicos, Executivo, Legislativo e Judiciário, seja entre os níveis federativos, seja no interior do Governo, entre as várias pastas, e seja, ainda, considerando a interação entre organismo da sociedade civil e o Estado. (BUCCI, 2006, p. 44).

O Estado é responsável por articular os diferentes setores da sociedade, promovendo a integração entre as esferas pública e privada, e garantindo a efetividade das políticas. Dessa forma, é preciso ter em mente um conceito de política pública para que se possa esmiuçar as questões referentes à política de aleitamento materno no Estado brasileiro. Para tanto, necessário tratar de algumas considerações acerca do sistema de saúde pública do estado brasileiro e do Sistema Único de Saúde – SUS.

O SUS tem como prelúdio a capacidade de oferecer de forma universal, descentralizada e gratuita acesso à saúde pública, independentemente de raça, nacionalidade, classe social, cor, gênero, posto ser um sistema que atua de forma sistemática em todo o território nacional.

Neste cenário, salienta-se a política pública do aleitamento materno no Brasil, pois se verifica a robustez que a política pública evoluiu como programa de estado, e não como programa de um governo. O Ministério da Saúde (Brasil, 2013) possui um caderno de atenção ao pré-natal de baixo risco datado de 2013 e o de alto risco datado de 2010, ou seja, são manuais que trazem aos profissionais de saúde diretrizes de protocolos de segurança quanto às orientações a serem transmitidas:

> O Manual Técnico de Gestação de Alto Risco que o Ministério da Saúde apresenta foi elaborado para orientar a equipe assistencial no diagnóstico e tratamento das doenças e/ou problemas que afligem a mulher durante a gravidez. Objetiva também uniformizar as condutas, contribuindo para uma atuação mais coesa da equipe, assim como para a oferta de uma assistência eficiente e de qualidade. (BRASIL, 2010)

O Programa de Incentivo ao Aleitamento Materno, estabelecido em 1981, foi implementado com o objetivo de assegurar a excelência dos métodos de amamentação existentes e estimular as mães a amamentarem de forma correta seus filhos. A Organização Mundial da Saúde (OMS) e o Fundo das Nações Unidas para a Infância (Unicef) recomendaram a criação de normas éticas para a comercialização de substitutos do leite materno, o que resultou na aprovação, em 1981, do Código Internacional de Comercialização de Substitutos do Leite Materno pela Assembleia Mundial de Saúde (World Health Organization, 1981).

Em 1985, os Bancos de Leite Humano foram criados visando garantir uma distribuição equitativa, segura e de alta qualidade para as crianças, que devido à escassez\ausência do leite materno ou à impossibilidade de a mãe amamentar por indicação médica (mulheres HIV positivo, por exemplo) necessitam do serviço de um banco de leite materno.

Em 1988, o Centro de Referência Nacional em Bancos de Leite Humano, projeto conjunto entre o Ministério da Saúde e a Fundação Oswaldo Cruz – Fiocruz, intensificou iniciativas de desenvolvimento tecnológico voltadas para o processamento e controle de qualidade do leite humano, com o propósito de oferecer opções de menor custo (Brasil, 2008). Além disso, os Bancos de Leite Humano passaram a incorporar

atividades de promoção, proteção e apoio à amamentação, incentivando também a formação de profissionais com diferentes níveis de habilidades para atuarem nos Bancos de Leite Humano em todo o país.

Quatro anos depois, em 1992, lançou-se a Iniciativa Hospital Amigo da Criança – IHAC com o propósito de avaliar e estabelecer práticas inovadoras que reduzissem as taxas de desmame precoce, ou seja, a interrupção da amamentação antes dos dois anos de idade da criança. Em 1998, surgiu o Programa de Aleitamento Materno, que representou uma significativa reestruturação e aprimoramento dos programas e políticas que o antecederam. Uma década mais tarde foi instituída a Rede Amamenta Brasil, reforçando ainda mais o compromisso com o estímulo à amamentação.

O aleitamento materno ocorre quando o bebê recebe o leite diretamente da mãe ou através de extração, podendo ou não ser complementado com outros alimentos; o aleitamento materno exclusivo, por sua vez, se refere ao recebimento apenas do leite materno pelo lactente, sem a adição de líquidos ou sólidos adicionais. (Brasil, 2015).

> Além do período de amamentação, a LEP assegura que as genitoras possam ficar com seus filhos até os sete anos de idade, devendo o estabelecimento prisional possuir creches para abrigá-los. As creches devem possuir atendimento pessoal qualificado, de acordo com as diretrizes adotadas pela legislação educacional, bem como garantir o horário de funcionamento que se adeque à melhor assistência à criança e à sua responsável, conforme disposição expressa do artigo 83 e 89 da referida lei. A possibilidade de não separação entre mãe e filho evita que esta criança seja encaminhada a unidades de acolhimento – nos casos em que não é possível o seu encaminhamento para a família natural ou extensa – e mantém os vínculos de afinidade e afetividade, aspectos essenciais para o desenvolvimento da criança. Todavia, apesar de a família ser preservada, os direitos à cultura, esporte e lazer da criança ficam prejudicados e, em especial, o direito à educação, em razão das dificuldades na implementação de uma política de educação básica dentro de estabelecimentos prisionais (VIEIRA, 2013, p. 252-262).

E ainda:

> As creches prisionais são comumente diferentes das creches tradicionais, especialmente porque não possuem atividades pedagógicas adequadas e não contam com cuidadores especiais para a educação infantil, uma vez que as crianças são cuidadas pelas próprias mães (ARMELIM, 2010, p. 8).

A Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990 é uma resposta ao disposto na Constituição de 1988, que alçou à saúde à condição de direito fundamental. Neste cenário, reforça-se a importância da amamentação, no marco dos esforços para se garantir uma melhor nutrição ao bebê, visando reduzir a mortalidade infantil.

> A Organização Mundial da Saúde (OMS) recomenda que os bebês sejam alimentados exclusivamente com leite materno até os 6 meses de idade. E que, mesmo após a introdução dos primeiros alimentos sólidos, sigam sendo amamentados até, pelo menos, os 2 anos de idade. Segundo o Ministério da Saúde, o aleitamento materno é a forma de proteção mais econômica e eficaz

> contra a mortalidade infantil, protegendo as crianças de diarréias, infecções respiratórias e alergias, entre outras doenças. (BRASIL, 2022c).

Ainda segundo o Ministério da Saúde:

> A Estratégia Nacional para Promoção do Aleitamento Materno e Alimentação Complementar Saudável no SUS - Estratégia Amamenta e Alimenta Brasil (EAAB), lançada em 2012, tem como objetivo qualificar o processo de trabalho dos profissionais da atenção básica com o intuito de reforçar e incentivar a promoção do aleitamento materno e da alimentação saudável para crianças menores de dois anos no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS). Essa iniciativa é o resultado da integração de duas ações importantes do Ministério da Saúde: a Rede Amamenta Brasil e a Estratégia Nacional para a Alimentação Complementar Saudável (ENPACS), que se uniram para formar essa nova estratégia, que tem como compromisso a formação de recursos humanos na atenção básica. A base legal adotada para a formulação da estratégia são políticas e programas já existentes como a Política Nacional de Atenção Integral à Saúde da Criança (PNAISC- pactuada, aguardando publicação), a Rede Cegonha, a Política Nacional de Atenção Básica (PNAB), a Política Nacional de Promoção da Saúde (PNPS), a Política Nacional de Alimentação e Nutrição (PNAN). A Coordenação-Geral de Saúde da Criança e Aleitamento Materno (CGSCAM/DAPES/SAS) e a Coordenação-Geral de Alimentação e Nutrição (CGAN/DAB/SAS) do Ministério da Saúde, em parceria com as Secretarias Estaduais e Municipais de Saúde, são os responsáveis pela formulação das ações da nova estratégia, que visa colaborar com as iniciativas para a atenção integral da saúde das crianças. (BRASIL, 2022b).

A Lei nº 13.227, de 28 de dezembro de 2015, instituiu o dia 19 de maio como o Dia Nacional de Doação de Leite Humano e a Semana Nacional de Doação de Leite Humano. A legislação tem, como objetivos:

> Art. 1º São instituídos o Dia Nacional de Doação de Leite Humano, a ser comemorado, anualmente, no dia 19 de maio, e a Semana Nacional de Doação de Leite Humano, a ser comemorada, anualmente, na semana que incluir o dia 19 de maio, com os seguintes objetivos:
>
> I - estimular a doação de leite materno;
>
> II - promover debates sobre a importância do aleitamento materno e da doação de leite humano;
>
> III - divulgar os bancos de leite humano nos Estados e nos Municípios.
>
> Parágrafo único. As ações destinadas a efetivar o disposto no **caput** ficarão a cargo do poder público, em conjunto com organizações da sociedade civil.

Salienta-se que o Ministério da Saúde em conjunto com a Anvisa (Agência Nacional de Vigilância Sanitária) possui um Guia para implantação de salas de apoio à amamentação para a mulher trabalhadora (Brasil, 2015) que possui o manejo adequado para que as mulheres consigam amamentar a criança até os dois anos, como

recomendado pela OMS. Consta no material o detalhamento da infraestrutura, bem como as recomendações técnicas para ordenha, armazenamento e transporte do leite humano.

Em 2017, foi sancionada a Lei nº 13.435, em 12 de abril, que institui o mês de agosto como o Mês do Aleitamento Materno, com o escopo de promover ações multissetoriais de conscientização e esclarecimento sobre a importância do aleitamento materno, como: realização de palestras e eventos; divulgação nas diversas mídias; reuniões com a comunidade; ações de divulgação em espaços públicos; iluminação ou decoração de espaços com a cor dourada (Brasil, 2017).

> O país possui 301 Hospitais Amigos da Criança que promovem 10 passos para o sucesso do aleitamento materno. São repassados, por ano, R$ 18,2 milhões para as unidades. Além disso, o Brasil possui ainda 222 bancos de leite humano e 219 postos de coleta. Em 2020, cerca de 181 mil mulheres doaram mais de 226 mil litros de leite materno. Neste ano, até junho, foram doados 111,4 mil litros. (BRASIL, 2021, online)

Segundo Ministério da Saúde, a política de aleitamento contém resultados positivos, já que o percentual de aleitamento materno exclusivo entre crianças menores de 6 meses aumentou de 2,9%, em 1986, para 45,7% em 2020. Já o aleitamento para crianças menores de quatro anos passou de 4,7% para 60% no mesmo período" (Brasil, 2021).

> A prevalência de aleitamento materno exclusivo entre crianças menores de 6 meses no país foi de 45,8%, segundo o Estudo Nacional de Alimentação e Nutrição Infantil (ENANI) publicado em 2021. Representa um avanço relevante em cerca de três décadas – pois o percentual era de 3% em 1986. (MS, 2024).

O Ministério da Saúde, em 2023, com fins de aprimorar a política referente à amamentação informou que nas Unidades Básicas de Saúde serão criadas "salas de apoio ao aleitamento materno" (Cofen, 2023).

> Estima-se que a cada ano 340 mil bebês brasileiros prematuros ou de baixo peso nasçam no País, o que corresponde a 12% do total de nascidos vivos. O secretário de Atenção Primária, Felipe Proenço, fez um chamado à população sobre a importância de se doar leite humano. "É preciso dizer o quanto isso melhora a vida das crianças que estão numa fase fundamental de seu crescimento e do seu desenvolvimento. Também da importância da Rede Global de Bancos de Leite Humano (rBLH), que tem crescido no Brasil", destacou o secretário. A doação de leite humano traz benefícios aos recém-nascidos prematuros ou de baixo peso que estão internados em Unidades de Tratamento Intensivo (UTIs) neonatais e não podem ser amamentados pela própria mãe. As chances de recuperação e de uma vida mais saudável aumentam se a alimentação exclusiva com leite humano for possibilitada. O Brasil possui 225 bancos de leite humano em todos os estados e 217 postos de coleta. A rede brasileira é uma iniciativa do Ministério da Saúde, por meio do Instituto Fernandes Figueira (IFF/Fiocruz), e atualmente integra a Política Nacional de Atenção Integral à Saúde da

> Criança e Aleitamento Materno (PNAISC). A doação de leite humano representa, ainda, uma importante economia de recursos para o País com a diminuição da necessidade de compra de fórmulas infantis para recém-nascidos prematuros nas maternidades do Sistema Único de Saúde (SUS). (BRASIL, 2024)

Em resumo, a política pública de aleitamento materno no Brasil é robusta e abrangente, com ações direcionadas para a promoção, proteção e apoio à amamentação, bem como busca garantir que as mulheres tenham condições adequadas para amamentar, promovendo a saúde e o desenvolvimento das crianças, além do fortalecimento do vínculo entre mãe e filho. No entanto, é necessário continuar trabalhando para superar os desafios e garantir que todas as mulheres possam desfrutar dos benefícios do aleitamento materno, principalmente as que se encontram encarceradas.

3 A INVISIBILIDADE DO ALEITAMENTO MATERNO NO CÁRCERE: O RECRUDESCENTE SILÊNCIO DO ESTADO BRASILEIRO

A questão das mulheres em situação de privação de liberdade é complexa e exige uma abordagem multidimensional. A elaboração de políticas públicas integradas, embasadas em evidências científicas, é essencial para promover a igualdade de gênero e garantir a proteção dos direitos humanos dessas mulheres (Rita, 2012).

Compreendido o sentido do sistema carcerário, como demonstrado no tópico um deste artigo, em que ilustra a situação do sistema prisional na promoção efetiva da dignidade e do exacerbamento da vulnerabilidade das mulheres encarceradas, bem como da política pública do aleitamento materno, que tem robusto compromisso, por parte do Ministério da Saúde, quanto a promoção da saúde e do bem-estar das crianças fica evidente os contextos adversos da política de aleitamento materno e o sistema prisional feminino. Pois, há uma invisibilidade para com as mulheres encarceradas no que se refere à política pública de aleitamento materno. Tal fato é discutido por Juliana Borges (2018, p. 64) quando relata que os equipamentos prisionais "dependem da violência para funcionarem".

> Apesar das vasta gama de direitos atrelados à maternidade no cárcere, as estruturas prisionais não são adequadas ao recebimento de gestantes e parturientes, especialmente devido à precariedade da sua infraestrutura. As prisões destinadas às mulheres normalmente não possuem características físicas necessárias para o recebimento da população feminina e, tampouco, para o recebimento de gestantes e crianças. (DAMMSKI; COSTA, 2020, p. 60).

Por sua vez, na edição do Caderno de Atenção Básica, emitido pelo Ministério da Saúde (Brasil, 2015), consta referência à saúde da criança, do aleitamento materno e da alimentação complementar, e ainda informa as possibilidades de as mulheres fazerem a ordenha do leite quando do retorno ao trabalho, por exemplo. Todavia, em nenhum momento consta orientação acerca da mulher encarcerada, o que indica sua invisibilidade.

> Apesar de o direito à amamentação no cárcere ser um direito humano fundamental, as mulheres encarceradas e seus filhos têm seus direitos violados cotidianamente em razão da ausência de políticas públicas adequadas para este segmento da sociedade. A atuação estatal, no caso das mulheres encarceradas e de seus filhos, tem sido efetuada de forma excessivamente simplista, de modo a mitigar o princípio da proteção integral da criança, inviabilizando o acesso a condições mínimas de segurança e salubridade aptas ao desenvolvimento infantil. A promoção da maternidade no cárcere demanda a transformação das unidades prisionais, tanto nos aspectos arquitetônicos quanto nos procedimentos de rotina, de modo a possibilitar o mínimo de dignidade para a genitora e para a criança, especialmente nos primeiros e mais importantes meses de vida. (DAMMSKI; COSTA, 2020, p. 72)

A demanda por se implementar as condições necessárias ao aleitamento materno no cárcere dialoga tanto com as diretrizes constitucionais quanto com os parâmetros de saúde estabelecidos e seguidos pelo Estado brasileiro, tanto pelo preconizado pelo Ministério da Saúde quanto pela OMS.

> O bebê que é alimentado exclusivamente de leite materno adoece menos, com isso a saúde pública economiza, devido à redução de gastos com medicações distribuídas pelo Sistema Único de Saúde (SUS), assim como também, gastos com hospitalizações, exames, procedimentos médicos, procedimentos cirúrgicos e todos os gastos que estão embutidos em um processo de internação. (VALENTE; OSTERNO, 2014, p. 109).

Art. 5º, L, da CF/88, define que "às presidiárias serão asseguradas condições para que possam permanecer com seus filhos durante o período de amamentação". É imprescindível que o Estado assegure as condições materiais mínimas para que as mulheres detidas possam conviver com seus filhos e exercer o direito de amamentá-los. Nesse sentido, o principal propósito deste dispositivo é a preservação do aleitamento materno, reconhecido como fundamental para o adequado desenvolvimento biológico e psicológico de todas as crianças (Cabral; Silveira, 2020):

> [...] o filho representa a oportunidade de desenvolver uma relação genuína no contexto prisional, pois um filho representa a minimização de seu sofrimento e o preenchimento de lacunas emocionais e de laços afetivos que ser perdem com a prisão. A intensidade da relação entre mãe e filho faz com que a mulher perceba a criança como o seu universo, fonte de felicidade, prazer e plenitude, sentimentos que provocam nela a sensação de que não está em cumprimento de pena; possibilita a mudança de paradigmas e viver tanto o presente quanto um futuro que, pelo filho, sente-se motivada a planejar [...] (MARIANO; SILVA, 2018, p. 4)

Como mecanismo para promover a segurança e bem-estar da mulher brasileira, o artigo 6º da CF/88 estabelece direitos sociais que garantem a integridade e proteção à maternidade e à infância: "São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, **a proteção à maternidade e à infância**, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição". (Grifo nosso).

Para a implementação de iniciativas direcionadas à maternidade em ambientes prisionais, é imprescindível que o Estado assuma uma postura proativa e genuinamente comprometida com os resultados de suas políticas públicas. É necessário que seu envolvimento neste contexto seja pautado pelo respeito aos direitos das mulheres e ao princípio do interesse superior da criança, visando garantir um desenvolvimento saudável para o bebê e prevenir quaisquer violações de direitos.

> O Estado, portanto, tem um papel essencial na concretização de direitos humanos, devendo adotar uma conduta ativa para garantir o desenvolvimento sadio e harmonioso das crianças, por meio de condições dignas de existência, conforme os postulados do Estatuto da Criança e do Adolescente e demais normas previstas no ordenamento jurídico brasileiro e em compromissos internacionais." (DAMMSKI; COSTA, 2020, p. 72)

Além disso, é crucial que sejam adotadas medidas adicionais para garantir que as gestantes e as mães encarceradas recebam o apoio necessário durante todo o processo. Isso inclui o acesso a cuidados pré-natais de qualidade, garantia de condições adequadas para a amamentação e estabelecimento de programas que promovam o vínculo afetivo entre mãe e filho, mesmo dentro do ambiente prisional. Nesse sentido, são os resultados das pesquisas apresentadas por Shlafer et al (2017)[4]:

> A amamentação proporciona inúmeros benefícios para as mulheres e seus bebês. Taxas mais baixas de amamentação entre mulheres desfavorecidas podem ser um mecanismo pelo qual resultados de saúde mais fracos são conferidos à próxima geração. Os resultados deste estudo mostraram que uma intervenção relativamente simples – prestação de apoio à doula – pode promover o início da amamentação e, por extensão, o bem-estar das mulheres encarceradas e dos seus filhos. Os bebês nascidos de mulheres encarceradas devem ter o mesmo acesso ao leite materno que os bebês nascidos de mulheres na comunidade. As mulheres têm o direito de fornecer o leite materno aos seus bebés, especialmente dadas as implicações para resultados positivos de saúde materna e infantil. Cuidados de saúde e correções. Os sistemas de vacinação devem adoptar políticas que apoiem a educação sobre amamentação e proporcionem o fornecimento contínuo de leite materno aos bebés durante os primeiros seis meses de vida. (SHLAFER et al, 2017, p. 74, Tradução própria)

[4] Texto original: Breastfeeding provides numerous benefits for women and their infants. Lower breastfeeding rates among disadvantaged women may be one mechanism by which poorer health outcomes are conferred to the next generation. The results of this study showed that a relatively simple intervention—provision of doula support—might promote breastfeeding initiation and, by extension, the well-being of incarcerated women and their children. Infants born to incarcerated women should have the same access to breast milk as infants born to women in the community. Women have the right to provide their breast milk to their infants, especially given the implications for positive maternal and child health outcomes. Health care and corrections systems should adopt policies that support breastfeeding education and provide for the ongoing provision of breast milk to infants through the first 6 months of life. SHLAFER, Rebecca J; DAVIS, Laurel; HINDT, Lauren A.; GOSHIN, Lorie S.; GERRITY, Erica. Intention and Initiation of Breastfeeding Among Women Who Are Incarcerated [Internet]. **Nurs Womens Health**. 2018 Feb. P. 64-78. Doi: 10.1016/j.nwh.2017.12.004. Disponível em: https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S1751485117303343?via%3Dihub. Acesso em: 09.dez.2023

Existe uma demanda premente pela formulação de políticas públicas integradas e direcionadas especificamente para mulheres em situação de privação de liberdade. Essas políticas devem ser capazes de reconhecer as múltiplas vulnerabilidades enfrentadas por essas mulheres durante a fase de execução penal. Para alcançar esse objetivo, é fundamental incluir a participação ativa das mulheres em situação de prisão, bem como da sociedade civil, de modo a garantir que as políticas adotadas sejam eficazes e atendam às necessidades específicas dessa parcela da população.

Adicionalmente, é fundamental que sejam oferecidos programas de capacitação e reintegração social para as mães que cumprem pena, a fim de que possam garantir um futuro melhor para si e para seus filhos. É necessário frisar a importância da educação e do acesso a oportunidades de trabalho dignas como meio de romper o ciclo de reincidência criminal.

Portanto, a efetivação dessas políticas requer um comprometimento sério e contínuo por parte das autoridades competentes, no intuito de proporcionar condições adequadas para a maternidade no ambiente carcerário e promover uma perspectiva de vida mais positiva tanto para as mães quanto para seus filhos.

CONCLUSÃO

Essas informações foram fundamentais para compreender a problemática do encarceramento feminino no país e a falta de suporte às mulheres em condição de gestação ou lactação durante seu período na prisão. Afinal, dentre as principais vulnerabilidades enfrentadas pelas mulheres encarceradas, destacam-se fatores socioeconômicos, histórico de violência doméstica, ausência de assistência jurídica adequada, dificuldade de acesso a serviços de saúde e falta de oportunidades de capacitação profissional. Sendo necessário que as políticas públicas abordem essas questões de forma integrada e multidisciplinar.

A política pública de aleitamento materno no Brasil aborda desde ações de promoção e incentivo, até a garantia de direitos e o acompanhamento da saúde das lactantes e dos bebês. Diversas estratégias são adotadas, tendo como exemplos a promoção de eventos e campanhas de conscientização e a formação de profissionais de saúde.

Essa política é embasada por evidências científicas que demonstram os benefícios do aleitamento materno para a saúde das crianças, incluindo a redução da mortalidade infantil, a prevenção de doenças como diarreia e pneumonia, e a promoção do desenvolvimento adequado do sistema imunológico. Inclusive, o Ministério da Saúde possui programas e ações específicas voltadas para a promoção do aleitamento materno, como a Rede Nacional de Bancos de Leite Humano.

Em conclusão, a elaboração de políticas públicas integradas e específicas para mulheres em situação de privação de liberdade é uma necessidade urgente. O Guia para implantação de salas de apoio à amamentação para a mulher trabalhadora, de 2015, já referendado pelo Ministério da Saúde, dispõe sobre a criação de infraestrutura que viabilize a ordenha e o manejo de leite materno, nas unidades prisionais, o que pode ser apontado como uma medida interessante de ser implementada. Diz-se isto pois além de garantir que lactantes possam auxiliar mulheres que não podem e\ou não

conseguem amamentar, auxilia na manutenção da amamentação da criança (até dois anos de idade), que se encontre fora do ambiente prisional, de acordo com as diretrizes da OMS.

Essas políticas devem ser embasadas em evidências científicas e contar com a participação ativa das mulheres em situação de prisão e da sociedade civil. Somente através dessa abordagem colaborativa é possível enfrentar as diversas vulnerabilidades enfrentadas pelas mulheres durante a execução penal e promover a igualdade de gênero e justiça social.

Em suma, a pesquisa buscou chamar a atenção para a falta de políticas públicas voltadas para o acolhimento de mulheres gestantes e lactantes no sistema prisional brasileiro, com foco na ausência de políticas de aleitamento materno. Evidenciando-se o esquecimento das mulheres gestantes e lactantes dentro dos presídios, que é uma violação de direitos humanos que precisa ser enfrentada e superada por meio da implementação de políticas públicas adequadas.

REFERÊNCIA

ANDRADE, D. A. de; BERTOLIN, P. T. M.; BESSA, L. S.. Pobreza Multidimensional e Encarceramento Feminino: Um Círculo Vicioso no Contexto Neoliberal. Direito Público, *[S. l.]*, v. 19, n. 104, 2023. Disponível em: https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/6757. Acesso em: 29 ago. 2024.

ARMELIN, Bruna Dal Fiume. Filhos do cárcere: estudo sobre as mães que vivem com seus filhos em regime fechado. **Revista da Graduação**, Rio Grande do Sul, v. 03, n. 02, 2010.*apud* Dammski e Costa, 2020.

BESSA, Leandro Sousa. O sistema prisional brasileiro e os direitos fundamentais da mulher encarcerada: propostas de coexistência. **Defensoria Pública do Estado do Ceará**, 2007. Disponível em: https://www.defensoria.ce.def.br/wp-content/uploads/downloads/2015/02/dissertacao-leandro-bessa-sousa.pdf. Acesso em 28 jun. 2023

BRASIL, ANVISA – Agência Nacional de Vigilância Sanitária. Banco de leite humano: funcionamento, prevenção e controle de riscos. Brasília: Anvisa, 2008. Disponível em: https://www.gov.br/anvisa/pt-br/centraisdeconteudo/publicacoes/servicosdesaude/publicacoes/manual-para-bancos-de-leite-humano.pdf. Acesso em 02. dez.2023.

_____CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Regras de Bangkok**: regras das Nações Unidas para o tratamento de mulheres presas e medidas não privativas de liberdade para mulheres infratoras. Brasília, 2016. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2019/09/cd8bc11ffdcbc397c32eecdc40afbb74.pdf. Acesso em 04.dez.2023

_____CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. Sistema Prisional em Números, 2022. Disponível em: https://public.tableau.com/app/profile/cnmp/viz/SistemaPrisionalemNmeros-apartirde2022/CumprimentoResoluo56. Acesso em 04.dez.2023

_____CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 02 jun.2023

_____ MINISTÉRIO DA JUSTIÇA E SEGURANÇA PÚBLICA. SECRETARIA NACIONAL DE POLÍTICAS PENAIS. 2023. Idade e gênero da População Prisional – Período de Julho a Dezembro de 2022. Disponível em: https://app.powerbi.com/view?r=eyJrIjoiMTQ2ZDc4NDAtODE5OS00ODZmLThlYTEtYzI4YTk0MTc2MzJkIiwidCI6ImViMDkwNDIwLTQ0NGMtNDNmNy05MWYyLTRiOGRhNmJmZThlMSJ9&pageName=ReportSectionb520cc726db6179d4e81. Acesso em 26 mai.2023

_____. MINISTÉRIO DA SAÚDE. **Estratégia Amamenta e Alimenta Brasil**. Brasília, 2022b. Disponível em: https://www.gov.br/saude/pt-br/assuntos/saude-de-a-a-z/s/saude-da-crianca/mais-programas/estrategia-amamenta-e-alimenta-brasil#:~:text=A%20Estrat%C3%A9gia%20Nacional%20para%20Promo%C3%A7%C3%A3o,incentivar%20a%20promo%C3%A7%C3%A3o%20do%20aleitamento. Acesso em: 01.dez.2023

_____. MINISTÉRIO DA SAÚDE. Guia para implantação de salas de apoio à amamentação para a mulher trabalhadora. Brasília, 2015. Disponível em: https://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/guia_implantacao_salas_apoio_amamentacao.pdf . Acesso em 06.set.2024.

_____. MINISTÉRIO DA SAÚDE. **Ministério da Saúde lança campanha anual de doação de leite humano**. Brasília, 2024. Disponível em: https://www.gov.br/saude/pt-br/assuntos/noticias/2024/maio/ministerio-da-saude-lanca-campanha-anual-de-doacao-de-leite-humano, Acesso em 06.set.2024

_____. MINISTÉRIO DA SAÚDE. Secretaria de Atenção à Saúde. Departamento de Atenção Básica. Saúde da criança: aleitamento materno e alimentação complementar. **Caderno de Atenção Básica, nº 23**. Brasília, 2015, 2ª edição. Disponível em: https://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/saude_crianca_aleitamento_materno_cab23.pdf. Acesso em: 14. nov. 2023

_____. MINISTÉRIO DA SAÚDE. Secretaria de Atenção à Saúde. Departamento de Ações Programáticas Estratégicas Atenção Básica. **Gestação de alto risco**: manual técnico. Brasília, 2010, 5ª edição. Disponível em: https: https://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/gestacao_alto_risco.pdf. Acesso em: 04.dez.2023

_____. MINISTÉRIO DA SAÚDE. Secretaria de Atenção à Saúde. Departamento de Ações Programáticas Estratégicas Atenção Básica. Caderno de atenção básica. **Atenção ao pré-natal de baixo risco**. Brasília, 2013. Disponível em: https: https://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/atencao_pre_natal_baixo_risco.pdf. Acesso em: 04.dez.2023

_____. MINISTÉRIO DA SAÚDE. Conselho Nacional de Saúde. **Campanha Nacional busca estimular aleitamento materno**. Brasília, 2022c. Disponível em: https://conselho.saude.gov.br/ultimas-noticias-cns/2584-campanha-nacional-busca-estimular-aleitamento-materno#:~:text=A%20Organiza%C3%A7%C3%A3o%20Mundial%20da%20Sa%C3%BAde,os%202%20anos%20de%20idade. Acesso em: 01.dez.2023

_____. MINISTÉRIO DA SAÚDE. **Campanha incentiva o aleitamento materno no Brasil**. Brasília, 2021. Disponível em: https://www.gov.br/pt-br/noticias/saude-e-vigilancia-sanitaria/2021/07/campanha-incentiva-o-aleitamento-materno-no-brasil#:~:text=Incentivo%20%C3%A0%20amamenta%C3%A7%C3%A3o,o%20sucesso%20do%20aleitamento%20materno.. Acesso em: 06.set.2024

BORGES, Izabela; BORGES, Bruna Hernandes. A invisibilidade das mulheres presas e egressas do sistema prisional brasileiro. **Conjur**, 2022. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2022-set-07/escritos-mulher-invisibilidade-mulher-presa-egressa-sistema-prisional#_ftnref. Acesso em: 08 jun.2023

BORGES, Juliana. **A nova segregação**: racismo e encarceramento em massa. São Paulo: Boitempo, 2018.

BUCCI, Maria Paula Dalarri (org.). **Políticas públicas**: reflexões sobre o conceito jurídico. São Paulo: Saraiva, 2006.

CABRAL, Gabriela Trovões; SILVEIRA, Mateus; e RÊ, Eduardo de. Inciso L - direito de lactantes presas à amamentação. **Politize**, 2020. Disponível em: https://www.politize.com.br/artigo-5/amamentacao-em-presidios/. Acesso em: 18. nov. 2023.

CARNEIRO, Sueli. **Racismo, sexismo e desigualdade no Brasil**. São Paulo: Selo Negro, 2011.

COFEN-Conselho Federal de Enfermagem. **Ministério da Saúde anuncia salas de apoio à amamentação nas UBS**. Brasília, 2023. Disponível em: https://www.cofen.gov.br/ministerio-anuncia-salas-de-apoio-a-amamentacao-nas-ubs/. Acesso em 06.set.2024

DAMMSKI, L. P.; COSTA, I. C. O ALEITAMENTO MATERNO NO CARCERE À LUZ DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. **Revista Sociais e Humanas**, [S. l.], v. 33, n.

2, 2020. DOI: 10.5902/2317175843223. Disponível em: https://periodicos.ufsm.br/sociaisehumanas/article/view/43223. Acesso em: 19.nov. 2023.

FAIR, Helen; WALMSLEY, Roy. World Female Imprisonment List (fifth edition). Institute for Crime and Justice Policy Research – ICPR. London, 2022. Disponível em: https://www.prisonstudies.org/sites/default/files/resources/downloads/world_female_imprisonment_list_5th_edition.pdf. Acesso em 09.dez.2023

FEFFERMANN, Marisa. Criminalizar a juventude: uma resposta ao medo social. Em Paiva, Ilana Lemos; Bezerra, Marlos Alves; Silva, Geórgia Sibele N.; Nascimento, Périsson Dantas. (Orgs.) **Infância e juventude em contextos de vulnerabilidades e resistências**. São Paulo: Zagodoni, 2013.

GALVÃO, M. A. M. **Origem das Políticas de Saúde Pública no Brasil: Do Brasil – Colônia a 1930**. Caderno de Textos do Departamento de Ciências Médicas da Escola de Farmácia da Universidade Federal de Ouro Preto - MG, p. 1-33, 2009. Disponível em: http://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/origem_politicas_saude_publica_brasil.pdf. Acesso em: 03.dez.2023.

MARIANO, Grasielly Jeronimo dos Santos; SILVA, Isília Aparecida. Significando o amamentar na prisão. **Texto & Contexto – Enfermagem**. 2018. V 27. N 4. Disponível em: https://doi.org/10.1590/0104-07072018000590017. Acesso em: 06.set.2024.

RITA, Rosângela Peixoto Santa. Alguns paradoxos do encarceramento feminino brasileiro. **Revista Jurídica Consulex**. 2022, Mar v. 16, n. 384, p 32-33.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SHLAFER, Rebecca J; DAVIS, Laurel; HINDT, Lauren A.; GOSHIN, Lorie S.; GERRITY, Erica. Intention and Initiation of Breastfeeding Among Women Who Are Incarcerated [Internet]. **Nurs Womens Health**. 2018 Feb. P. 64-78. Doi: 10.1016/j.nwh.2017.12.004. Disponível em: https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S1751485117303343?via%3Dihub. Acesso em: 09.dez.2023

THEODORO, Mário (org.). **As políticas públicas e a desigualdade racial no Brasil:** 120 anos após a abolição. Brasília: Ipea, 2008. Disponível em: https://998dd9a3-334b-44a6-a181-f9a4f97d5cf9.filesusr.com/ugd/45f7dd_7352a4bd3c0e484392e17e99839c9a8e.pdf. Acesso em: 20. nov. 2023

QUEIROZ, Nana. Presos que menstruam. 6. ed. Rio de Janeiro: Record, 2016.

VALENTE, Maria de Fátima Farias; OSTERNO, Maria do Socorro Ferreira. A efetividade das políticas de incentivo ao aleitamento materno em combate ao desmame precoce: um estudo realizado com as mães de crianças atendidas na unidade de puericultura do CPN. **Revista do Mestrado Profissional em Planejamento em Políticas Públicas**, Fortaleza, v.4, n. 12, 99-125, setembro, 2014. Disponível em: https://revistas.uece.br/index.php/revistaconhecer/article/view/1081. Acesso em: 16. nov. 2023.

VIEIRA, Cláudia Maria Carvalho do Amaral. **Crianças encarceradas: a proteção integral da criança na execução penal feminina da pena privativa de liberdade.** 508 f. Florianópolis, 2013. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal de Santa Catarina. *Apud* Dammski e Costa, 2020, p. 69.

WACQUANT, Loïc. As prisões da miséria. 2. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2011.

WORLD HEALTH ORGANIZATION, Disponível em https://iris.who.int/handle/10665/272501. Acesso em: julho 2024.

PROPOSTAS DE INSTITUIÇÃO DO *DIGITAL SERVICES TAX* E O FEDERALISMO FISCAL BRASILEIRO

Thiago Holanda González[1],
Celso de Barros Correia Neto[2],
Luiz Alberto Gurgel de Faria[3]

RESUMO

O presente artigo tem por objetivo investigar se e de que forma os projetos de lei em tramitação no Congresso Nacional voltados à instituição de um *Digital Services Tax* no Brasil enfrentam problemas do federalismo fiscal no Brasil. A análise enfoca quatro projetos de lei na Câmara dos Deputados (PL 2.358/2020, PL 640/2021, PLP 218/2020 e PLP 241/2020) e um projeto no Senado Federal (PLP 131/2020). O exame crítico das justificativas e dos dispositivos dos projetos aponta que a espécie tributária adotada é a contribuição (CIDE ou contribuição social), incidente sobre serviços digitais enumerados nos projetos (publicidade, coleta e tratamento de dados, intermediação e/ou pagamentos), de competência federal. Quanto à repartição das receitas, constatou-se que nenhum dos projetos de lei prevê a repartição do produto da arrecadação com Estados e Municípios. Concluiu-se que os projetos de lei até então propostos com o objetivo de criar um tributo sobre serviços digitais no Brasil não se ocupam dos impactos federativos da digitalização da economia e podem aprofundar o movimento de centralização fiscal pós-1988 identificado na literatura do federalismo fiscal brasileiro.

PALAVRAS-CHAVE: *Digital Services Tax; economia digital; federalismo fiscal.*

PROPOSALS FOR A DIGITAL SERVICES TAX AND BRAZILIAN FISCAL FEDERALISM

ABSTRACT

The purpose of this article is to investigate whether and how the bills currently before the National Congress aimed at establishing a Digital Services Tax in Brazil respond to problems of fiscal federalism in Brazil. The analysis focuses on four bills were located in the Chamber of Deputies (PL 2.358/2020, PL 640/2021, PLP 218/2020 and PLP 241/2020) and one bill in the Federal Senate (PLP 131/2020). A critical examination of the bills' justifications and provisions shows that the type of tax adopted is a contribution (CIDE or social contribution), levied on digital services listed in the projects (advertising, data collection and processing, intermediation and/or payments), which fall under federal competence. With regard to the

[1] Doutorando em Direito pela Universidade de Brasília (UnB). Mestre em Direito Constitucional pelo Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa (IDP). Graduado em Direito pela Universidade Federal do Ceará (UFC). Procurador do Estado do Rio Grande do Sul.

[2] Doutor em Direito pela Universidade de São Paulo (USP). Graduado em Direito pela Universidade Federal de Alagoas (UFAL). Consultor Legislativo da Câmara dos Deputados. Professor do Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa (IDP). Advogado.

[3] Doutor e Mestre em Direito Público pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE). Graduado pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN). Professor da Universidade de Brasília (UnB), do Programa de Pós-Graduação em Direito (PPGD) do Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa (IDP) e do PPGD da Universidade Nove de Julho (UNINOVE). Ministro do Superior Tribunal de Justiça (STJ).

distribution of revenue, it was found that none of the bills provides for the distribution of the proceeds with states and municipalities. It was concluded that the bills proposed so far with the aim of creating a tax on digital services in Brazil do not address the federal impacts of the digitalization of the economy and could deepen the post-1988 fiscal centralization movement identified in the literature.

KEYWORDS: *Digital Services Tax; digital economy; fiscal federalism.*

INTRODUÇÃO

O presente artigo tem por objetivo investigar se e de que forma os projetos de lei em tramitação no Congresso Nacional voltados à instituição de um *Digital Services Tax* (DST) no Brasil respondem aos desafios federativos da digitalização da economia. Trata-se de tema atual e relevante, uma vez que a velocidade e a profundidade das transformações no modo de fazer negócios impactam as bases tributárias tradicionais, como a renda e o consumo. Para captar as novas manifestações de riqueza, têm sido propostas alterações no sistema tributário, as quais devem procurar manter as competências dos entes federativos e um modelo de repartição de receitas tributárias capazes de preservar sua autonomia fiscal.

O artigo divide-se em três seções. Na primeira delas, examinam-se os elementos constitutivos da autonomia fiscal dos entes federativos, bem como o movimento de centralização fiscal observado sob a égide da Constituição Federal de 1988. Discute-se ainda de que modo a digitalização da economia produz impactos no federalismo fiscal brasileiro. Na segunda seção, a partir de revisão bibliográfica, examinam-se as características dos DSTs e a experiência internacional quanto à instituição do tributo. A última seção identifica projetos de lei voltados à instituição de um tributo sobre serviços digitais no Brasil e discute se e de que forma tais proposições dialogam com o federalismo fiscal brasileiro. Nessa seção, além da revisão bibliográfica, a pesquisa também se utilizou da formulação de consultas à Câmara dos Deputados e ao Senado Federal com base na Lei de Acesso à Informação (LAI).

O objetivo do trabalho é oferecer uma visão ampla e atualizada sobre o estado do debate no Brasil a respeito da instituição de novos tributos específicos sobre serviços digitais, notadamente diante de alguns dos principais desafios impostos pela digitalização à Federação brasileira.

1. FEDERALISMO FISCAL E ECONOMIA DIGITAL: UMA APROXIMAÇÃO NECESSÁRIA

O federalismo é aqui tomado como um conjunto de instituições políticas que dão forma à coexistência de dois princípios: autogoverno e governo compartilhado. Nesse sentido, a Federação é uma forma de organização política, constitucionalmente estabelecida, que se baseia na distribuição territorial de poder e autoridade entre diferentes níveis de governo, de modo que o governo nacional e os subnacionais agem com autonomia dentro do seu círculo de atribuições. As relações intergovernamentais assumem formas peculiares "*constitutivamente competitivas e cooperativas*, e necessariamente caracterizadas tanto pelo conflito de poder, como pela negociação entre as esferas de governo" (ALMEIDA, 2001, p. 14).

Conquanto os Estados federais sejam fruto de processos históricos diferentes, que denotam múltiplos arranjos institucionais possíveis (HORTA, 1985, p. 7), a literatura jurídica aponta algumas características básicas do Estado federal. Para Dallari (1994, p. 218-219), são elementos definidores dessa forma de organização estatal[4]: (i) nascimento de um novo Estado, com perda dessa condição por aqueles que aderirem à Federação; (ii) base jurídica constitucional; (iii) inexistência do direito de secessão; (iv) soberania do Estado federal; (v) atribuições da União e das unidades federadas fixadas na Constituição, por meio de um sistema de distribuição de competências; (vi) atribuição de renda própria a cada esfera de competências; (vii) poder político compartilhado entre a União e as unidades federadas; (viii) vínculo de cidadania formado com o Estado federal.

Como se pode perceber, a atribuição de receitas e de competências tributárias é apontada pelos autores como uma das características fundamentais da forma federativa de Estado. Isso significa que a Constituição, documento político-jurídico que cria o Estado federal e define o seu modo de funcionamento, deve estabelecer, em alguma medida, receitas e competências tributárias aos entes federativos. Nesse quadro, a autonomia financeira é um verdadeiro pressuposto para o exercício da autonomia política, uma vez que, para a tomada de decisões quanto à prestação de serviços públicos e para a execução da agenda de governo, é imprescindível o controle sobre as fontes de receita que comporão o orçamento público. Em outras palavras, a autonomia dos governos para tomar decisões decorre em boa parte do respectivo nível de autoridade efetiva sobre recursos tributários e fiscais, como explica Marta Arretche (2005, p. 71).

O acesso aos recursos oriundos da arrecadação tributária pode se dar de maneiras distintas. Antônio Roberto Sampaio Dória (1972, p. 18-22) desenvolve uma sistematização que divide a discriminação de rendas tributárias em dois grandes grupos: discriminação pela fonte (originária) e discriminação pelo produto (derivada). No primeiro caso, a competência tributária é atribuída pela Constituição diretamente ao ente federativo; no segundo, o ente federativo recebe parcela da arrecadação decorrente de tributo cuja competência é designada a outro ente pela Constituição.

A discriminação pela fonte toma forma na divisão de competência tributária, que pode ser privativa, residual ou comum. Na competência privativa, a Constituição elenca os impostos que caberão a cada nível de governo, distribuindo verticalmente a matéria tributável entre União, Estados e Municípios, e horizontalmente a apenas uma de duas ou mais entidades de mesmo nível, ligadas territorialmente a idêntica matéria objeto de tributação (DÓRIA, 1972, p. 20). A competência residual caracteriza-se pela possibilidade de criação de outros tributos que não os expressamente elencados no texto constitucional, seja em regime de exclusividade, seja de modo concorrente. A competência comum, por seu turno, diz respeito a espécies tributárias que incidem a partir de atividades estatais, de sorte que o ente que detém a competência para o exercício da atividade possui a competência tributária.

[4] Caminham no mesmo sentido as características do Estado federal identificadas por Horta (1981, p. 13-14) e por Velloso (1992, p. 49).

A discriminação de rendas tributárias pelo produto pode ser vinculada e obrigatória, quando decorre de comando constitucional, ou não vinculada e facultativa, nos casos em que deriva de espontânea deliberação do nível de governo concedente (DÓRIA, 1972, p. 21). A discriminação vinculada pode ocorrer de duas formas: (i) a participação na arrecadação, hipótese em que ao beneficiário é assegurada parcela de uma receita fiscal específica (em regra um percentual sobre a arrecadação), a qual pode ser coletada ou retida pelo próprio destinatário ou transferida pelo ente competente para a instituição do tributo e (ii) a participação em fundos, os quais são compostos por receitas tributárias que são posteriormente distribuídas aos entes beneficiários, conforme critérios previamente estabelecidos (MOREIRA, 2019, p. 207). Já a discriminação não vinculada é motivada por considerações de solidariedade federativa, seja em caráter institucionalizado, para suporte a unidades federativas que carecem de maior desenvolvimento econômico e social, seja de forma intermitente, para atender a calamidades ou emergências (DÓRIA, 1972, p. 21-22).

Como observa Celso de Barros Correia Neto (2010, p. 209-213), sob o ponto de vista jurídico, a partilha da arrecadação tributária confere aos beneficiários o direito às receitas, ainda que sua arrecadação dependa do exercício da competência tributária por outro ente federado. Disso decorre sua relação com a autonomia fiscal. Explica o autor que os mecanismos de repasse de recursos – transferências intergovernamentais – cumprem objetivos distintos, tais quais a correção de externalidades, o equilíbrio fiscal vertical e a garantia de um fornecimento mínimos de bens e serviços.

1.1 FEDERALISMO FISCAL BRASILEIRO

O federalismo fiscal brasileiro conviveu com movimentos de centralização e de descentralização no correr das décadas. Tal dinâmica relaciona-se com fatores políticos e econômicos. Crises econômicas fizeram com que se sobressaísse a função de estabilização macroeconômica da tributação, exercida preferencialmente pelo governo central (OATES, 1999, p. 1.121; SILVA, 2005, p. 120-126). Por outro lado, a redução da autonomia financeira dos entes subnacionais constituiu importante marca do regime militar, ao passo que a ampliação das competências tributárias e da repartição de receitas com Estados e Municípios foi traço significativo das opções do constituinte de 1988 (ABRUCIO, 1998, p. 64-108).

Sob a égide da Constituição de 1988, embora o texto constitucional original tenha desenhado um modelo de federalismo fiscal descentralizado, observou-se importante movimento de centralização nas décadas seguintes à promulgação da Constituição, em processo de inversão do quadro constitucional de partilha de recursos tributários assentado pela Constituinte. Ao se examinar a divisão das competências administrativas e fiscais entre os entes da Federação, é possível observar que a Constituição de 1988 procurou resgatar o federalismo cooperativo, de modo que cada ente pudesse cuidar de suas próprias atribuições e dispusesse de recursos para cumprir tais missões. Nada obstante, movimentos como os da guerra fiscal entre os Estados e o avanço da União sobre a arrecadação tributária estão, sem dúvida alguma, prejudicando a nossa Federação.

Em relação ao primeiro deles, como a maior parte do ICMS concentra-se no Estado de origem da operação, os entes estaduais passaram a conceder benefícios

fiscais, sem a devida autorização do CONFAZ[5], como forma de estimular a instalação de setores produtivos em seus respectivos territórios. Como os benefícios tendem a ser replicados pelos demais Estados, o resultado é a perda do potencial arrecadatório do imposto. A reforma tributária do consumo promovida pela Emenda à Constituição nº 132/2023 trouxe importante resposta à guerra fiscal ao adotar o princípio do destino para o Imposto sobre Bens e Serviços (IBS) (GONZÁLEZ, 2024, p. 114-115). Nos termos do art. 156-A, §1º, VII, e §4º, II, CF/88, o IBS, que substituirá o ICMS e o ISS, será cobrado pelo somatório das alíquotas do Estado e do Município de destino, cabendo ao Comitê Gestor do IBS distribuir o produto da arrecadação aos entes federativos de destino das operações que não tenham gerado creditamento. A medida tem potencial para arrefecer disputas federativas, pois reduz a relevância dos benefícios fiscais como forma de atração de empresas.

Acerca do avanço da União sobre a arrecadação, não se pode deixar de considerar a criação de várias contribuições sociais nos últimos anos, exatamente porque, diferentemente dos novos impostos, elas não participam da repartição das receitas tributárias (art. 157, II, CF/88), ficando toda a arrecadação com quem as instituiu – no caso, a União (FARIA, 2010, p. 186).

Com efeito, algumas alterações legislativas são ilustrativas do movimento de reversão das perdas de receita decorrentes do texto constitucional original. A primeira delas, renove-se, é a ampliação do uso pela União de tributos de espécie contribuições, especialmente as da subespécie sociais, para incremento da arrecadação federal, como estratégia para escapar às regras constitucionais de partilha da arrecadação aplicáveis aos impostos (MACHADO SEGUNDO, 2005, p. 119-123; RIBEIRO, 2018, p. 355; VARSANO, 1996, p. 17). O aumento da arrecadação dessa fonte veio acompanhado do progressivo desinteresse na exploração, pela União, de impostos sujeitos à repartição com Estados e Municípios (OLIVEIRA, 2020, p. 226), e das diferentes alterações constitucionais voltadas à desvinculação de parte dos impostos federais do sistema de repartição de receitas tributárias com Estados e Municípios, por meio do Fundo Social de Emergência (FSE), do Fundo de Estabilização Fiscal (FEF) e da Desvinculação de Receitas da União (DRU).

Também deve ser mencionando o processo de desoneração das exportações de bens primários e semielaborados, primeiramente, por meio da Lei Complementar nº 87, de 13 de setembro de 1996, e, depois, pela Emenda Constitucional nº 42/2003 (art. 91 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias – ADCT). As mudanças tiveram importantes implicações para as fazendas estaduais, especialmente nos Estados-membros exportadores dessas mercadorias. A controvérsia federativa a respeito dos valores devidos aos Estados a título de compensação durou anos até o julgamento do Supremo Tribunal Federal, na Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 25, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes. Na decisão, o Tribunal reconheceu a omissão legislativa quanto à edição da lei complementar prevista no art. 91 do ADCT,

[5] Vale lembrar o teor do art. 155, §2º, XII, "g", CF/88, segundo o qual a lei complementar regulará a forma como, mediante deliberação dos Estados e do Distrito Federal, isenções, incentivos e benefícios fiscais de ICMS serão concedidos e revogados. O dispositivo é integrado pela Lei Complementar nº 24/75, que, em seu art. 2º, §2º, estabelece que a concessão de benefícios fiscais dependerá de decisão unânime dos Estados representados em reunião para a qual tenham sido convocados representantes de todos os Estados e do Distrito Federal.

para o fim de compensar as perdas decorrentes da desoneração promovida pela emenda (BRASIL, 2017) [6].

Juntas, essas alterações constitucionais e medidas legislativas apontam no sentido de centralização das receitas em favor da União, invertendo, portanto, o quadro de partilha que foi estruturado na Constituição federal de 1988, em sua redação originária.

1.2 FEDERALISMO FISCAL E DIGITALIZAÇÃO DA ECONOMIA

Neste ponto da exposição, é importante destacar que a divisão de competências tributárias e a identificação das respectivas bases econômicas sobre as quais incidirão os tributos fazem-se sempre com lastro na realidade econômica vigente ao tempo de sua instituição. Se mudam a economia e a sociedade naturalmente o sistema tributário não ficará imune ao processo de transformação.

Vivemos hoje um movimento de rápida digitalização da economia com potencial de promover repercussões fiscais relevantes, inclusive na Federação brasileira. Klaus Schwab (2016, p. 13) sustenta que as recentes inovações são profundas a ponto de se identificar uma quarta revolução industrial, caracterizada pela velocidade (evolução em ritmo exponencial), pela amplitude e profundidade (mudança de paradigmas na economia, nos negócios, na sociedade e nos indivíduos) e pelo impacto sistêmico (transformação de países, de empresas, de indústrias e da sociedade). Correia Neto, Afonso e Fuck (2019, p. 149) observam que "as transformações em curso nas relações sociais e econômicas reclamam tributos diferentes e outras formas de cobrança, quer no nível interno, quer no nível internacional". Para os autores, os sistemas tributários encontram dificuldades em dar conta dos desafios postos pela nova economia digital, sobretudo porque as bases, estabelecidas no início do século XX, caminham para tornarem-se rapidamente obsoletas.

Um exemplo claro de transformação das bases econômicas da tributação e da disputa federativa que esse tipo de mudança pode provocar pode ser encontrado no julgamento pelo Supremo Tribunal Federal da ADI 5.659/MG (BRASIL, 2021a), na qual se discutia a tributação incidente sobre operações com programa de computador (*software*). Na ação, a Corte entendeu que o licenciamento e a cessão de direito de uso de programas de computação submetem-se ao ISS, de competência municipal, descaracterizando tais serviços das operações de circulação de mercadoria sujeitas ao ICMS, tributo de competência dos Estados. A decisão engloba os chamados *"Software-as-a-Service (SaaS)"*, que se caracterizam pelo acesso do consumidor a aplicativos disponibilizados pelo fornecedor na rede mundial de computadores que permanecem

[6] A ADO nº 25 foi ajuizada pelo Governador do Estado do Pará com o objetivo de ver reconhecida a omissão do Congresso Nacional em editar a lei complementar de que tratava o art. 91 do ADCT (revogado pela EC 109/2021), voltada à compensação dos Estados pela instituição da imunidade tributária na exportação de produtos primários e semielaborados (EC 33/2001). Eis a ementa do julgado: "Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão. 2. Federalismo fiscal e partilha de recursos. 3. Desoneração das exportações e a Emenda Constitucional 42/2003. Medidas compensatórias. 4. Omissão inconstitucional. Violação do art. 91 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT). Edição de lei complementar. 5.Ação julgada procedente para declarar a mora do Congresso Nacional quanto à edição da Lei Complementar prevista no art. 91 do ADCT, fixando o prazo de 12 meses para que seja sanada a omissão. Após esse prazo, caberá ao Tribunal de Contas da União, enquanto não for editada a lei complementar: a) fixar o valor do montante total a ser transferido anualmente aos Estados-membros e ao Distrito Federal, considerando os critérios dispostos no art. 91 do ADCT; b) calcular o valor das quotas a que cada um deles fará jus, considerando os entendimentos entre os Estados-membros e o Distrito Federal realizados no âmbito do Conselho Nacional de Política Fazendária – CONFAZ".

online (na nuvem) em tempo integral. Com a utilização de aplicativos e *streamings* que substituem utilidades anteriormente acessadas por circulação de mercadorias (*CD ROMs*, por exemplo) ou por serviços tradicionais de telecomunicações (*v.g.* TV por assinatura e linhas telefônicas), tem-se uma crescente migração de bases econômicas atribuídas aos entes estaduais para a esfera de competência tributária dos Municípios.

Os Estados federados têm desafios acentuados diante das transformações da economia digital e de suas implicações no que tange à erosão das bases tributárias. Em uma Federação, o desafio não é apenas de identificar, em cada base tributária, as oportunidades de adaptação à nova economia. Há de se acompanhar o potencial que cada base econômica sujeita à tributação demonstrará com o avanço da revolução digital, para que sejam adequadamente exploradas e distribuídas entre os entes federativos, por meio das competências tributárias e da repartição de receitas tributárias pelo produto.

Algumas iniciativas do Congresso Nacional procuram estabelecer um debate sobre a adequação do sistema tributário à economia digital. Antes de analisar as propostas legislativas de instituição de um *Digital Services Tax* no Brasil, buscando-se identificar se e de que forma os projetos respondem a implicações da economia digital no federalismo fiscal brasileiro, este artigo aborda as características dos DSTs e destaca a experiência internacional quanto à instituição do tributo. É disso que trata a próxima seção.

2. *DIGITAL SERVICES TAX*: CARACTERÍSTICAS E EXPERIÊNCIA INTERNACIONAL

A Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) vem discutindo, especialmente no âmbito do Projeto BEPS (*Base Erosion and Profit Shifiting* – Erosão da Base Tributável e Transferência de Lucros), medidas de combate à evasão e à elisão fiscal por meio da transferência artificial de lucros para países com baixa tributação. Os desafios identificados no âmbito do BEPS são particularmente agravados no contexto da economia digital.

Ao endereçar o problema da erosão da tributação sobre a renda e da alocação dos direitos de tributação entre os países, as organizações internacionais, em especial a OCDE, têm assinalado que os principais desafios trazidos pela economia digital à tributação da renda podem ser agrupados em três categorias amplas. A primeira é a ausência de presença física do fornecedor no mercado consumidor que, combinado com o crescente papel dos efeitos de rede gerados pelas interações do consumidor, põe em dúvida os critérios usualmente adotados para a verificação do nexo entre a operação e a jurisdição à qual compete a tributação. A segunda, a massiva coleta de dados e as sofisticadas ferramentas de tratamento de informações, as quais suscitam questões relacionadas ao valor gerado por essas atividades e a como a tributação pode incidir sobre elas. E, em terceiro lugar, a maneira como o desenvolvimento de novos produtos digitais e de novas formas de entregar uma mesma utilidade trazem incertezas em relação à natureza dos pagamentos feitos no contexto dos negócios digitais e, consequentemente, ao tratamento tributário a ser conferido segundo as

regras tradicionalmente incorporadas aos sistemas tributários e aos tratados internacionais (OECD, 2015, p. 99).

Embora esteja imbuída em construir soluções multilaterais para tais desafios, no âmbito do Quadro Inclusivo do BEPS[7], a organização reconhece que muitos países adotaram medidas unilaterais, prevendo em seus sistemas tributários novas regras de definição de estabelecimento permanente, de retenção de imposto na fonte, de tributação de atividades intermediárias e de regimes tributários específicos para grandes multinacionais. Tais medidas visam a atender, em alguma extensão, à necessidade de se assegurar uma base tributária adequada em relação às atividades desempenhadas ou ligadas à jurisdição do mercado em que os bens e os serviços são fornecidos (OECD, 2018, p. 134). Explica Cui (2019, p. 70) que as soluções unilaterais consistem, geralmente, em tributos incidentes sobre receitas decorrentes de diversos serviços digitais, reunidos sob o rótulo de *Digital Services Tax (DST)*.

É bom lembrar que a instituição de tributos dessa natureza é expressamente combatida pelo Pilar 1, da Declaração sobre uma solução de dois pilares para enfrentar os desafios fiscais decorrentes da digitalização da economia, aprovada por 139 jurisdições em 9 de junho de 2023, no Quadro Inclusivo sobre a Erosão da Base e Transferência de Lucros (IF) da OCDE/G20. Entre os consensos estabelecidos no bojo do Pilar 1, está previsto que:

> A Convenção Multilateral (MLC) exigirá que todas as partes excluam todos os Impostos sobre Serviços Digitais e outras medidas similares relevantes com relação a todas as empresas, assim como se comprometam a não introduzir tais medidas no futuro. Nenhum Imposto sobre Serviços Digitais estabelecido recentemente ou outras medidas similares pertinentes será cobrado a qualquer empresa a partir de 8 de outubro de 2021 e até 31 de dezembro de 2023 ou até a entrada em vigor da Convenção Multilateral, o que ocorrer primeiro. A forma de remoção dos Impostos sobre Serviços Digitais existentes e outras medidas similares relevantes serão devidamente coordenadas. O Quadro Inclusivo indica informações de alguns membros no sentido de que acordos transitórios estão sendo discutidos com celeridade. (OECD, 2021, p. 3).

Em que pesem os importantes avanços alcançados pelo Quadro Inclusivo do BEPS da OCDE/G20, a possibilidade de instituição de tributos dessa natureza, voltados a empresas e/ou serviços digitais não está ainda plenamente descartada, seja no Brasil, seja no exterior. Exemplo disso é a recente instituição de um DST pelo Canadá, em

[7] O desenvolvimento dos trabalhos da OCDE para a construção de alternativas para enfrentamento de tais desafios dá-se no âmbito do Quadro Inclusivo do BEPS, grupo ampliado de países integrantes e não integrantes da organização, que, em dezembro de 2022, reunia a participação de 142 países, entre os quais o Brasil. As soluções multilaterais em negociação concentram-se, atualmente, em dois pilares. O Pilar 1 visa a alocar parte da tributação sobre o lucro segundo uma nova regra de nexo, voltado à jurisdição de mercado (fonte), quando a empresa multinacional dentro do escopo da medida obtiver determinada receita provenientes desta jurisdição. Já o Pilar 2 visa a instituir um imposto adicional sobre a renda, de modo que haja uma incidência mínima de 15% para as multinacionais que ultrapassarem determinado limiar de faturamento (OECD, 2021, p. 1-4).

junho de 2024[8]. Em linhas gerais, tais tributos têm por escopo atingir receitas decorrentes de serviços de propaganda *online*, de venda e licença de dados, de serviços de intermediação entre vendedores e compradores e de venda direta de conteúdo digital (CABREIRO-GÓMEZ *et al*, 2021, p. 58-60). Em alguns casos, para que seja possível a imposição tributária, faz-se necessário que a empresa possua receita mínima local e global. Nas palavras de Cabreiro-Gómez *et al* (2021, p. 17):

> Estas medidas procuram tributar diretamente as empresas que obtêm rendimentos de certos serviços digitais, tais como publicidade on-line e serviços intermediários. Em muitos dos DSTs atualmente adotados, a receita tributável é medida pela parcela da receita global de um negócio digital dentro do escopo, referente, por exemplo, ao número de visões de publicidade ou ao número de transações conduzidas pelos residentes do país como uma parte das visões ou transações globais. Outros DSTs procuram tributar a renda obtida pelos prestadores de serviços digitais em decorrência dos valores pagos direta ou indiretamente pelos usuários em sua jurisdição. Ao contrário dos impostos retidos na fonte, as regras dos DSTs não dependem necessariamente da retenção de receita pelos clientes na jurisdição tributária.
>
> Os DSTs geralmente aplicam um tributo sobre a receita bruta derivada da jurisdição, direta ou indiretamente, pelo prestador de serviços digitais. Muitas empresas digitais poderiam, potencialmente, estar no escopo, mas a maioria dos regimes tem se concentrado em serviços de publicidade on-line, venda de dados e serviços intermediários. A obrigação de cumprimento geralmente recai sobre o prestador de serviços.[9]

A despeito dos traços comuns, as características dos DST podem variar na experiência internacional e na literatura sobre o tema. A Comissão Europeia formulou em março de 2018 uma proposta de DST como solução interina, com alíquota de 3% sobre o faturamento de determinados serviços digitais, voltado a reter parte do valor criado pela participação dos usuários dos serviços (KOFLER; SINNIG, 2019, p. 181). Os serviços enquadrados no escopo do tributo eram a venda de espaço de publicidade, incluindo a transmissão de dados, bem como as atividades de intermediação que

[8] Nesse sentido, ver notícia divulgada em *site* oficial do Governo do Canadá em 13.01.2025. Disponível em: https://www.canada.ca/en/services/taxes/excise-taxes-duties-and-levies/digital-services-tax.html. Acesso em: 22 de fevereiro de 2025.

[9] No original: *"These measures seek to directly tax businesses earning income from certain digital services, such as online advertising and intermediary services. In many of the DSTs currently adopted, taxable revenue is measured by apportioning the global in-scope revenues of a digital business by reference to, for example, the number of advertising views or the number of transactions conducted by the country's residents as a share of global views or transactions. Other DSTs seek to tax the income earned by digital service providers by reference to fees directly or indirectly paid by users in their jurisdiction. In contrast to withholding taxes, DST rules do not necessarily rely on revenue being withheld by customers in the taxing jurisdiction. DSTs generally apply a tax on gross revenue derived from the jurisdiction, either directly or indirectly, by the digital services provider. Many digital businesses could potentially be in scope, but most regimes have focused on online advertising services, sale of data and intermediary services. The compliance obligation generally falls on the service provider."*

permitiam aos usuários interagirem e venderem bens e serviços (CABREIRO-GÓMEZ *et al*, 2021, p. 16).

Segundo Tavares, Toledo e Cerviño (2021, p. 342), o tributo alcançaria multinacionais com faturamento global superior a 750 milhões de euros e com faturamento na Europa superior a 50 milhões de euros. A proposta da Comissão Europeia não chegou a ser aprovada, mas influenciou a criação do tributo em alguns países do continente, como a França, em 2019, a Turquia (com alíquota mais elevada de 7,5%), em 2020, e a Espanha, em 2021, todos com parâmetros próximos aos acima referidos. Cui (2019, p. 75-76) observa a dificuldade advinda de termos como "interface digital" ou "usuário" na delimitação do escopo do DST, uma vez que o modelo da Comissão Europeia não inclui a interface digital em que o único ou o principal propósito seja fornecer conteúdo digital e serviços de comunicação e de pagamento a usuários.

O Reino Unido instituiu um DST em 2020, com alíquota de 2% sobre receitas de negócios digitais que obtêm valor significativo da participação dos usuários, os quais compreendem redes sociais, empresas de busca e *marketplaces* digitais. Ao contrário da proposta da Comissão Europeia, as receitas com publicidade apenas se sujeitam ao tributo se auferidas pelos negócios acima referidos (CUI, 2019, p. 80). Para que incida o tributo, há um limite mínimo de faturamento de 500 milhões de libras decorrente das atividades digitais especificamente incluídas no escopo, o que implica uma maior restrição quanto às empresas a serem alcançadas pelo DST, quando em comparação com países que seguiram o modelo da proposta europeia, que leva em consideração o faturamento decorrente de quaisquer atividades (CUI, 2019, p. 81). A Áustria é outro exemplo de país que adotou um DST com regras mais restritivas, aplicando-se apenas à publicidade *online* e não aos serviços de intermediação (CABREIRO-GÓMEZ *et al*, 2021, p. 16).

Países organizados sob a forma federativa de Estado também avançaram na adoção de uma espécie de DST. A despeito da busca de consenso em torno do Pilar 1 do BEPS, voltado a aprimorar a distribuição de receitas entre as jurisdições, independentemente da presença física da empresa no mercado de consumo, o Canadá recentemente implementou o seu DST. O tributo tem alíquota de 3% e incide sobre receitas de empresas residentes e não residentes derivadas de determinados serviços digitais fornecidos com a participação de usuários canadenses, como os *marketplaces* digitais, a propaganda *online*, as redes sociais e a venda ou o licenciamento de uso de dados. A tributação restringe-se às grandes empresas com faturamento global mínimo de 750 milhões de euros e faturamento mínimo decorrente de serviços digitais prestados no Canadá de 20 milhões de dólares canadenses (DEPARTMENT OF FINANCE CANADA, 2022, p. 6).

A Índia, por sua vez, implementou em 2016 um tributo de equalização (*equalization levy*), com alíquota de 6%, incidente sobre receita relativa a serviços digitais específicos, essencialmente de publicidade *online*, prestados por não residentes a empresas localizadas no País, às quais cabe a retenção do tributo na fonte (CABREIRO-GÓMEZ *et al*, 2021, p. 20; CUI, 2019, p. 83). Em 2020, o escopo da medida foi ampliado, passando a englobar operadores de *e-commerce* sem estabelecimento permanente na Índia. Como destacam Tavares, Toledo e Cerviño (2021, p. 343), nesse formato, o tributo

incide à alíquota de 2% sobre a receita da plataforma, salvo se já sujeita à alíquota de 6% da hipótese anterior do tributo, ou se não atingir o limite mínimo de 20 milhões de rúpias em vendas, faturamento ou receita. O modelo atual do *equalization levy* indiano inclui, ainda, a venda de dados de usuários indianos ou a venda de publicidade a usuários localizados no País, cabendo o recolhimento às empresas não residentes.

À medida que avançam os debates sobre DSTs em diversos países, a literatura tem buscado identificar os fundamentos subjacentes a tais tributos e os possíveis problemas deles decorrentes. São várias as críticas que recaem sobre as iniciativas unilaterais de implantação de DST. O Fundo Monetário Internacional (FMI), no relatório *"Corporate Taxation in the Global Economy"*, aponta que, em que pese o potencial arrecadatório do tributo, seus efeitos sobre os mercados, em termos de eficiência, não são claros, podendo repercutir no preço dos serviços prestados. Além disso, o FMI sustenta que a proliferação descoordenada desse tipo de tributo gera complexidade à tributação internacional, aumenta custos de conformidade e traz riscos de dupla tributação e de insegurança jurídica quanto à identificação dos serviços digitais sujeitos à imposição tributária (INTERNATIONAL MONETARY FUND, 2019, p. 17-18). Problemas relacionados à neutralidade tributária (WATANABE, 2021, p. 4), à cumulatividade decorrente da tributação sobre o faturamento (SHAVIRO, 2020, p. 50-51) e ao impacto nos investimentos em inovação (KOFLER; SINNIG, 2019, p. 200) também são abordados pela literatura.

A despeito dessas questões, aponta Watanabe (2021, p. 5) que o motivo pelo qual os países têm implementado medidas unilaterais como o DST reside na compreensão de que grandes plataformas digitais não pagam imposto corporativo em níveis aceitáveis onde seus usuários estão localizados e de que as regras atuais de tributação internacional trazem dificuldades à imposição tributária pela jurisdição do usuário. Considerada a lógica de formação de preços em mercados de dois ou mais lados, caracterizados por efeito de rede indireto[10], é possível compreender que grande número de usuários com acesso gratuito a uma plataforma em um dado país permite que tal plataforma venda a preços maiores serviços digitais, como a publicidade, a empresas situadas em outros países. Visto dessa perspectiva, lucros obtidos com os serviços digitais têm origem em usuários que acessam a plataforma de modo gratuito, ainda que os pagamentos sejam feitos pelas empresas que adquirem o espaço para a publicidade (WATANABE, 2021, p. 9-10; CUI, 2019, p. 110).

Outro aspecto importante para a compreensão da racionalidade que subjaz ao DST é que, feitos os altos investimentos em tecnologia, tanto a obtenção dos dados dos usuários em um mercado quanto o fornecimento das informações às empresas em outro mercado podem ser realizados sem custo adicional, de modo não rival (SHAVIRO, 2020, p. 29). O fator determinante é a localização do usuário. Exemplifica

[10] Em determinados mercados, os intermediários (plataformas multilaterais) servem grupos distintos de clientes, com interesses complementares, de modo que o valor da plataforma para um grupo de clientes depende do número de usuários pertencentes ao outro grupo (EVANS; SCHMALENSEE, 2016, p. 25). Devido à externalidades positivas indiretas, como forma de expandir a rede de usuários de que depende para obter lucro, as plataformas usualmente praticam preços muito baixos ou mesmo oferecem serviços gratuitos para um grupo de clientes, atraindo usuários para este lado da plataforma, o que, indiretamente, agrega interesse na aquisição de serviços onerosos no outro lado (TIROLE, 2017, p. 383-384).

Watanabe (2021, p. 11), a partir do ponto de vista do mercado consumidor francês: "[s]e o Google não vendesse espaços de publicidade para a empresa automobilística alemã, eles certamente os venderiam para empresas de roupas italianas ou empresas automobilísticas britânicas que queiram aumentar suas vendas na França". Com base nisso, autores como Cui (2019, p. 84-96) e Shaviro (2020, p. 29-30) sustentam que as plataformas digitais obtêm rendas expressivas e específicas a determinadas jurisdições (*location-specific rents*), de modo similar àquelas decorrentes da extração de recursos naturais, sobre as quais são exigidos *royalties* por governos nacionais e subnacionais. Nessa perspectiva, "o DST pode ser pensado como um tributo sobre rendas econômicas obtidas por companhias de plataforma digital em localizações específicas"[11] (CUI; HASHIMZADE, 2019, p. 3).

Para Kim (2020, p. 159), os DST são tributos sobre o consumo, mais especificamente sobre *turnovers*, assim entendido um tributo sobre as receitas brutas decorrentes de vendas promovidas por uma empresa. Moreira (2022, p. 226-231), por sua vez, observa que tal tributo tem sido adotado como um *proxy* para a tributação da renda. Para o autor, o acordo firmado no âmbito do Quadro Inclusivo do BEPS e a declaração conjunta de Áustria, França, Itália, Espanha, Reino Unido e Estados Unidos (com posterior adesão da Turquia), com um plano que envolve a reversão dos DST ou sua compensação com valores de imposto de renda devido no contexto do Pilar 1 do BEPS[12], constitui fator demonstrativo de que o DST aproxima-se de um tributo sobre a renda. Ao analisar essa abordagem, com base em trabalhos de críticos dos DST, Kim (2020, p. 165-166) descreve as razões a ela subjacentes:

> Os críticos argumentam que, se o objetivo de tais DSTs não convencionais for o de compensar a receita perdida do sistema tradicional de imposto de renda, o legislador pode inferir que os DSTs dizem respeito aos "lucros" de gigantes da tecnologia, que são a base tributária do imposto de renda. O fato de a base tributária técnica ser a receita bruta não nega necessariamente a suspeita de tributação da renda, pois outros impostos diretos, como o imposto retido na fonte como mecanismo de cobrança do imposto de renda, também são cobrados sobre os lucros brutos. O período tributável dos DSTs é também anual, em vez de baseado nas transações, o que é mais se assemelha à tributação direta do que à tributação indireta[13].

Os debates em torno da natureza dos DST – tributo sobre o consumo ou sobre a renda – evidenciam a complexidade federativa na adaptação dos tributos à economia

[11] "[…] *the DST can be thought of as a tax on economic rents earned by digital platform companies from particular locations.*"

[12] Acerca da proposta da OCDE de solução em dois pilares para endereçar os desafios fiscais impostos pela economia digital, ver: "Declaração sobre uma solução de dois pilares para enfrentar os desafios fiscais decorrentes da digitalização da economia". Disponível em: https://www.oecd.org/tax/beps/declaracao-sobre-uma-solucao-de-dois-pilares-para-enfrentar-os-desafios-fiscais-decorrentes-da-digitalizacao-da-economia-8-outubro-2021.pdf. (OECD, 2021).

[13] No original: *"The critics argue that, if the goal of such unconventional DSTs is to make up the foregone revenue from traditional income tax system, the legislature may infer that DSTs relate to "profits" of tech giants, which are the tax base of income tax. The fact that the technical tax base is gross revenues does not necessarily negate the suspicion of income taxation because other direct taxes, such as withholding tax as a collection mechanism of income tax, are also levied on gross profits. The taxable period of DSTs is also on a yearly basis, rather than on a per-transaction basis, which is more similar to direct taxation than indirect taxation."*

digital, para além dos outros desafios relacionados aos efeitos que um tributo dessa natureza poderá produzir na economia e suas implicações nos sistemas tributários nacional e internacional. De acordo com Moreira (2022, p. 227), a discussão sobre a base econômica do tributo possui especial relevância para o Brasil, haja vista que, por opção constitucional, os impostos sobre o consumo são concentrados nos Estados e nos Municípios, ao passo que o imposto de renda é de competência da União. Com efeito, na exploração de novos campos de tributação, não se pode prescindir da aferição e do redesenho do equilíbrio federativo com o propósito de manter a autonomia fiscal dos entes federados, como apontado no tópico anterior.

3. AS PROPOSTAS LEGISLATIVAS DE INSTITUIÇÃO DE UM DIGITAL SERVICES TAX EM TRAMITAÇÃO NO CONGRESSO NACIONAL RESPONDEM A PROBLEMAS FEDERATIVOS?

O Brasil é um dos países mencionados no estudo de Cabreiro-Gómez *et al* (2021, p. 19), por ter sido proposto, no âmbito do Congresso Nacional, um DST com estrutura próxima ao modelo da União Europeia. Para identificar as propostas legislativas em trâmite no Congresso Nacional voltadas à instituição de um tributo sobre serviços digitais no Brasil, bem como analisar os fundamentos político-jurídicos que conferem sustentação às iniciativas, optou-se, metodologicamente, pela formulação de consultas à Câmara dos Deputados e ao Senado Federal, via Lei de Acesso à Informação (LAI), as quais apresentaram os seguintes resultados:

Órgão Consultado	Informação Solicitada	Data da Consulta	Síntese dos Resultados
Câmara dos Deputados	1) Relação de propostas legislativas em andamento acerca de tributos sobre serviços digitais. 2) Os pareceres técnicos e estudos de Comissões, Consultoria Legislativa ou outros órgãos ou entidades vinculados à Câmara dos Deputados referentes ao PL 2.538/2020.***	26/08/2022	(a) Foram localizados os seguintes projetos: PL 2358/2020; PL 640/2021; PLP 218/2020; PLP 241/2020. (b) Até a presente data, não há pareceres ao Projeto de Lei – PL 2358/2020. (c) No dia 20/09/2021 foi realizada Audiência Pública na Comissão de Ciência e Tecnologia, Comunicação e Informática, da Câmara dos Deputados, destinada a debater o "Projeto de Lei n° 2358/20 – Institui a Cide Digital". (d) Não foram localizados estudos da Consultoria Legislativa da Câmara, específicos sobre o PL 2358/2020.

Senado Federal	1) Relação de propostas legislativas em andamento acerca de tributos sobre serviços digitais. 2) Os pareceres técnicos e estudos de Comissões, Consultoria Legislativa ou outros órgãos ou entidades vinculados ao Senado Federal referentes ao PLP 131/2020.****	26/08/2022	(a) A busca recuperou um único registro: PLP 131/2020. (b) O PLP nº 131/2020, que altera a Lei nº 10.833, de 29 de dezembro de 2003, para estabelecer regime diferenciado da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social (COFINS) incidente sobre a receita bruta auferida pelas pessoas jurídicas com elevada receita que utilizam plataformas digitais, foi lido em Plenário e aguarda despacho para instrução por comissão(es).

* Tabela de elaboração própria com base em respostas obtidas junto à Câmara dos Deputados e ao Senado Federal por meio de Lei de Acesso à Informação.

** Até a data de fechamento do presente artigo (22 de fevereiro de 2025), os projetos de lei referidos na tabela seguem em tramitação, conforme consulta complementar aos *sites* oficiais da Câmara dos Deputados e do Senado Federal.

*** O PL 2.538/2020 foi identificado em pesquisa bibliográfica previamente ao pedido via LAI e, por isso, foi mencionado na consulta.

**** O PLP 131/2020 foi identificado em pesquisa bibliográfica previamente ao pedido via LAI e, por isso, foi mencionado na consulta.

As breves justificativas dos projetos lançam o olhar para os desafios impostos à tributação pela economia digital, especialmente a possibilidade de empresas multinacionais prestarem serviços a usuários em todo o mundo sem a presença física nos países em que situados os destinatários. A justificativa do PL 640/2021 (BRASIL, 2021d), por exemplo, aponta que milhões de usuários estão conectados à internet, gerando enorme fluxo de dados e criando grande mercado consumidor. No entanto, parte considerável da geração de valor dessa distribuição de conteúdo fica distante do território nacional, em nada beneficiando a população. No mesmo sentido, no PLP 218/2020 (BRASIL, 2020a), destaca-se que "é preciso atualizar o desenho dos sistemas tributários nacionais com o intuito de levar em consideração a maneira pela qual as gigantes da tecnologia geram valor". A justificativa reconhece que um ordenamento tributário anacrônico representa vantagens competitivas a essas empresas em relação aos demais setores do mercado, os quais contribuem de maneira desproporcional para a arrecadação. Nenhuma das justificativas dos projetos de lei examinados menciona a promoção do equilíbrio federativo entre os objetivos da produção legislativa, tampouco o ponto foi abordado no âmbito da audiência pública "Projeto de Lei n° 2358/20 – Institui a Cide Digital" realizada em 20 de setembro de 2021 (BRASIL, 2021b).

A CIDE-Digital de que trata o PL nº 2.358/2020, proposta que tem sido mais debatida na literatura e no âmbito do Congresso Nacional, inclusive em audiência pública, visa a atingir pessoas jurídicas domiciliadas no Brasil ou no exterior com receita bruta global superior a R$ 3 bilhões, dos quais R$ 100 milhões sejam obtidos no País. O tributo proposto incidiria sobre a receita bruta decorrente da exibição de publicidade em plataformas digitais para usuários situados no Brasil, da atividade de intermediação com propósito de venda de mercadorias ou de prestação de serviços a usuários localizados no País, e da transmissão de dados de usuários do Brasil obtidos durante o

acesso às plataformas digitais. As alíquotas da contribuição seriam progressivas: 1% sobre a parcela da receita bruta até R$ 150 milhões; 3% sobre a parcela da receita bruta que superar R$ 150 milhões, até R$ 300 milhões; e 5% sobre a parcela da receita bruta superior a R$ 500 milhões. Tais parâmetros se aproximam daqueles previstos nos demais projetos de lei que resultaram da consulta via LAI, não sendo necessária a especificação de cada um deles para a discussão que se propõe neste tópico.

Sob o prisma federativo, importa analisar a destinação das receitas previstas nos projetos de lei. O PL 2.358/2020 (BRASIL, 2020c), em seu art. 1º, destina o produto da arrecadação ao Fundo Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (FNDCT), de que dispõe a Lei nº 11.540/2007. O PL 640/2021 (BRASIL, 2021d) prevê no art. 12 a aplicação vinculada dos recursos "a investimentos em infraestrutura na rede de ensino público visando o fornecimento de equipamentos de informática e o acesso gratuito à internet para alunos, professores e servidores, assim como, quando possível, à população em geral", bem como "ao financiamento de infraestrutura e projetos para defesa do Estado brasileiro e combate à guerra cibernética, sob supervisão do Ministério da Defesa".

Aspecto relevante do PL 640/2021 (BRASIL, 2021d) é a possibilidade de que o "valor da receita bruta informado no país para a apuração da base de cálculo do imposto sobre a renda da pessoa jurídica no ano-calendário" seja deduzido da receita obtida com os serviços digitais de que trata o projeto, para fins de cálculo da contribuição. O PLP 218/2020 (BRASIL, 2020a) e o PLP 241/2020 (BRASIL, 2020b), por sua vez, vinculam as receitas a programas de renda básica instituídos na esfera federal. Por fim, o PLP 131/2020 (BRASIL, 2020d) inclui os serviços digitais no âmbito da COFINS.

Veja-se que há diferentes fórmulas de destinação de receitas nas proposições de DST em curso no Brasil, a maioria delas vinculadas a fundos ou a programas governamentais setoriais. Como referido na seção anterior, a economia digital impõe desafios à tributação com o potencial de erodir as bases tributárias tradicionais. As próprias justificativas dos projetos de lei assumem que grandes empresas multinacionais obtêm riqueza em mercados consumidores como o brasileiro sem que parte do valor gerado permaneça no País, por meio dos tributos. Em certa medida, as proposições parecem ignorar desafios federativos conhecidos e repetir a fórmula de centralização de recursos em favor da União, por meio do uso de contribuições, que não se sujeitam à partilha do produto da arrecadação com Estados e Municípios.

Em um Estado federal, a adaptação do sistema tributário deve ser instrumentalizada por meio dos mecanismos que asseguram a autonomia financeira, quais sejam as competências tributárias e a repartição vinculada de receitas pelo produto. Tanto é assim que o constituinte de 1988 previu a competência tributária residual da União para a criação de impostos (art. 154, I, CF/88), mediante lei complementar, desde que sejam não cumulativos e que não possuam mesmo fato gerador ou mesma base de cálculo dos impostos discriminados no texto constitucional, atribuindo aos entes estaduais 20% do produto da arrecadação com tais impostos. Como visto, desde os primeiros anos de vigência da Constituição, constatou-se

progressivo desinteresse na exploração pela União de impostos sujeitos à repartição com Estados e Municípios e de crescimento da arrecadação por meio de contribuições, as quais são excluídas das transferências constitucionais. A proposta de um DST sob a forma de contribuição social ou de intervenção no domínio econômico e sem um mecanismo de partilha de receitas pode, em princípio, reforçar a mesma tendência que já se observa no federalismo fiscal brasileiro, na linha do que até aqui já se expôs.

Vita (2019, p. 541-542) sustenta que o PIS, a COFINS e a CIDE-*Royalties* têm manifestado potencial para captar em suas hipóteses de incidência os fenômenos da economia digital. Afirma o autor que os dois primeiros atingem "qualquer manifestação de riqueza que produza renda", ao passo que a última pode ser potencializada para alcançar parte dos pagamentos digitais.

Em relação à CIDE-*Royalties*, prevista na Lei nº 10.168/2000, com alterações que lhe ampliaram o escopo, Moreira e Coêlho (2003, n.p.) observam que o tributo parece revestir-se de características de adicional de imposto de renda. Isso porque a instituição da contribuição com a alíquota de 10% sobre as remessas ao exterior a título de remuneração de serviços técnicos e de assistência técnica, bem como de remuneração de serviços administrativos e *royalties* (art. 2º e 3º da Lei nº 10.168/2000, com alterações), deu-se concomitantemente à redução para 15% do IR retido na fonte (art. 2º-A da Lei nº 10.168/2000, incluído pela Lei nº 10.332/2001). Diante disso, concluem: "Não visualizamos outro moto senão o de evitar que os recursos arrecadados com a contribuição interventiva fossem repassados ao Fundo de Participação dos Estados e Municípios, nos moldes do que ocorre com o imposto sobre a renda, por determinação expressa do art. 159, I, *a* da Carta Política Federal" (MOREIRA; COÊLHO, 2003, n.p). Da mesma forma que a CIDE-*Royalties*, a CIDE-Digital proposta no PL 2.358/2020 destina o produto da arrecadação ao FNDCT.

Conquanto constitua mecanismo de atualização do sistema tributário com regras de repartição de receita pelo produto, a utilização do art. 154, I, CF/88, para a criação de novos tributos sobre negócios digitais na forma de um DST traz consigo dificuldades de adaptação aos requisitos constitucionais para o exercício da competência residual da União. Por um lado, tendo em vista as características dos DST e a discussão sobre sua natureza, a coexistência de um imposto sobre receita bruta decorrente de determinados serviços digitais suscita dúvidas quanto à similaridade com fatos geradores de impostos discriminados na Constituição de 1988, seja para a tributação do consumo, seja para a tributação da renda. Por outro lado, os modelos propostos elegem como base de cálculo a receita bruta auferida com serviços digitais durante um lapso temporal, podendo ocorrer hipóteses de cumulatividade[14].

O estreito espaço de utilização da competência tributária residual da União para a criação de impostos, somado às iniciativas legislativas acima mencionadas, tanto em nível constitucional quanto no plano infraconstitucional, sugerem que as contribuições tendem a continuar exercendo papel relevante no sistema tributário brasileiro. Nesse cenário, sobressai o risco ao equilíbrio federativo, bem como se mantem a tendência de utilização de tributos não sujeitos às transferências constitucionais, com o agravante de

[14] Propostas de criação de imposto pela União, com base no art. 154, I, CF/88, para a tributação de bens e serviços podem ser vistas em: PISCITELLI, 2019; IGLESIAS, 2019. Para uma crítica da utilização da competência residual da União para a criação de novo imposto sobre bens e serviços, ver: ARAUJO, 2022.

que as soluções adotadas na Emenda à Constituição nº 132/2023 para a tributação do consumo – principal base tributária dos Estados e dos Municípios – passam pelo compartilhamento de competências tributárias sobre o mesmo imposto, o IBS.

Ao tratar de reforma tributária, há quase vinte anos, Afonso (2005, p. 171) já trazia a seguinte provocação: "[n]a questão da repartição das receitas [...], de que adianta criar a partilha de um imposto ou uma contribuição, se continuar existindo um outro imposto ou contribuição, não compartilhada e que também alcance o mesmo fato gerador". Para o autor, a alternativa seria alargar a base dos fundos de participação, para que pudessem alcançar o conjunto das receitas tributárias, reduzindo-se os percentuais de distribuição (AFONSO, 2005, p. 171). A provocação do autor segue ainda hoje atual, inclusive diante das novas formas de manifestação de riqueza emergentes na economia digital.

CONCLUSÃO

A atribuição de receitas e de competências tributárias constitui uma das características fundamentais da forma federativa de Estado. Isso significa que a Constituição, na qualidade de documento político-jurídico que cria o Estado federal e define o seu modo de funcionamento, deve estabelecer, em alguma medida, receitas e competências tributárias aos entes federativos. A autonomia financeira é mais do que a mera dotação de recursos para gastos governamentais. Trata-se de um pressuposto para o exercício da autonomia política, uma vez que, para a tomada de decisões quanto à prestação de serviços públicos e para a execução da agenda de governo, é imprescindível o controle sobre as fontes de receita que comporão o orçamento público.

Sob a égide da Constituição de 1988, embora o texto constitucional original tenha desenhado um modelo de federalismo fiscal descentralizado, com amplas competências tributárias para Estados e Municípios e com um sofisticado desenho de repartição de receitas, observou durante os anos que se seguiram à promulgação da Constituição de 1988 um movimento de centralização de recursos tributários, em prejuízo do quadro de partilha originalmente estabelecido na constituinte. Esse movimento é instrumentalizado, em larga medida, pelo crescimento da importância relativa das contribuições de competência federal, as quais não se sujeitam à repartição com os demais entes federativos.

A tributação deve captar as manifestações de riqueza em nível suficiente para a obtenção de recursos capazes de custear os serviços públicos. Nesse sentido, alterações estruturais na economia, como a digitalização de serviços e de utilidades, podem alterar de forma decisiva a tributação, tornando as bases, estabelecidas no início do século XX, rapidamente obsoletas. Diante disso, faz-se necessário refletir sobre a instituição de tributos diferentes. Uma das respostas a esse fenômeno que tem sido adotada no plano internacional é a instituição de tributos sobre serviços digitais, hoje coibidos no âmbito do Quadro Inclusivo do Projeto BEPS. Em linhas gerais, o tributo tem por escopo atingir receitas decorrentes de serviços de propaganda online, de venda e licença de dados, de serviços de intermediação entre vendedores e compradores e de venda direta de conteúdo digital. O objetivo é combater a erosão de bases tradicionais, sobretudo a

renda e o consumo, e atingir as grandes multinacionais que atuam no mercado de serviços digitais, assegurando receitas tributárias proporcionais ao valor agregado pelos usuários domiciliados no País.

Por meio de consulta, via Lei de Acesso à Informação, junto à Câmara dos Deputados e ao Senado Federal, foram identificadas iniciativas legislativas com esse propósito. As soluções propostas voltam-se à criação de contribuições sobre o faturamento, com formato semelhante à COFINS e à CIDE-*Royalties*. O estreito espaço de utilização da competência tributária residual da União para a criação de impostos sobre serviços digitais sugere que as contribuições tendem a continuar exercendo papel relevante no sistema tributário brasileiro. Nesse cenário, sobressai o risco ao equilíbrio federativo de continuidade e de expansão da utilização de tributos não sujeitos às transferências constitucionais, com o agravante de que as soluções adotadas na Emenda à Constituição nº 132/2023 para a tributação do consumo – principal base tributária dos Estados e dos Municípios – passam pelo compartilhamento de competências tributárias sobre o mesmo imposto, o IBS.

REFERÊNCIAS

ABRUCIO, Fernando Luiz. **Os barões da federação**: os governadores e a redemocratização brasileira. São Paulo: Hucitec / Departamento de Ciência Política da USP, 1998.

AFONSO, José Roberto. Federalismo e Reforma Tributária: na Visão do Economista. **Revista Direito Público**, v. 2, n. 8, p. 163-172, abr./mai./jun. 2005.

ALMEIDA, Maria Hermínia Tavares de. Federalismo, Democracia e Governo no Brasil: Idéias, Hipóteses e Evidências. **Revista Brasileira de Informação Bibliográfica em Ciências Sociais**, n. 51, p. 13-34, jan./jun. 2001.

ARAUJO, José Evande Carvalho. **Economia digital e tributação do consumo no Brasil**. São Paulo: Almedina, 2022.

ARRETCHE, Marta. Quem taxa e quem gasta: a barganha federativa na federação brasileira. **Revista de Sociologia e Política**, n. 24, p. 69-85, jun. 2005.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Audiência Pública "Projeto de Lei n° 2358/20 – Institui a Cide Digital"**. 2021b. Disponível em: https://www.camara.leg.br/evento-legislativo/62942 . Último acesso em: 21 de novembro de 2023.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei Complementar nº 218, de 19 de agosto de 2020a**. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1923750&filename=PLP+218/2020 . Último acesso em: 21 de novembro de 2023.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei Complementar nº 241, de 24 de setembro de 2020b**. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1932436&filename=PLP+241/2020 . Último acesso em: 21 de novembro de 2023.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 640, de 1º de março de 2021c**. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1968471&filename=PL+640/2021 . Último acesso em: 21 de novembro de 2023.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 2.358, de 4 de maio de 2020c**. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=node0ciklrsluk24o6jql577jzpv1120086.node0?codteor=1889339&filename=PL+2358/2020 . Último acesso em: 21 de novembro de 2023.

BRASIL. Senado Federal. **Projeto de Lei nº 131, de 20 de maio de 2020d**. Disponível em: https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/142074 . Último acesso em: 21 de novembro de 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pleno. **ADI 5.659/MG**, rel. Min. Dias Toffoli, publicado em 20/05/2021a.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pleno. **ADO 25/DF**, rel. Min. Gilmar Mendes, publicado em 18/08/2017.

CABREIRO-GÓMEZ, Ana *et al*. **Digital services tax**: country practice and technical challenges. Washington: The World Bank. Equitable Growth, Finance, and Institutions. 2021.

CORREIA NETO, Celso de Barros. Repartição de Receitas Tributárias e Transferências Intergovernamentais. In: CONTI, José Maurício; SCAFF, Fernando Facury; BRAGA, Carlos Eduardo Faraco. **Federalismo Fiscal**: questões contemporâneas. Florianópolis: Conceito, 2010, p. 197-216.

CORREIA NETO, Celso de Barros; AFONSO, José Roberto Rodrigues; FUCK, Luciano Felício. A Tributação na Era Digital e os Desafios do Sistema Tributário no Brasil. **Revista Brasileira de Direito**, v. 15, n. 1, p. 145-167, jan./abr. 2019.

CUI, Wei. The Digital Services Tax: A Conceptual Defense. **Tax Law Review**, v. 73(1), p. 69-111, 2019.

CUI, Wei; HASHIMZADE, Nigar. **The Digital Services Tax as a Tax on Location-Specific Rent**. 2019. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3488812 . Acesso em: 02 de abril de 2023.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **O Estado Federal**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

DEPARTMENT OF FINANCE CANADA. **Explanatory Notes for the Draft Digital Services Tax Act**. 2022. Disponível em: https://fin.canada.ca/drleg-apl/2021/bia-leb-1221-1-n-eng.pdf . Acesso em: 31 de março de 2023.

DÓRIA, Antônio Roberto Sampaio. **Discriminação de Rendas Tributárias**. São Paulo: José Bushatsky, 1972.

EVANS, David S.; SCHMALENSEE, Richard. **Matchmakers**: The New Economics of Multisided Platforms. Boston: Harvard Business Review Press, 2016.

FARIA, Luiz Alberto Gurgel de. **A Extrafiscalidade e a Concretização do Princípio da Redução das Desigualdades Regionais**. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

GONZÁLEZ, Thiago Holanda. **Federalismo, Tributação e Economia Digital**: desafios e perspectivas para o caso brasileiro. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2024.

HORTA, Raul Machado. Reconstrução do federalismo brasileiro. Revista de Informação Legislativa, v. 18, n. 72, p. 13-28, out./dez. 1981.

_____ Organização constitucional do federalismo. **Revista de Informação Legislativa**, v. 22, n. 87, p. 5-22, jul./set. 1985.

IGLESIAS, Tadeu Puretz. O conflito de competências tributárias sobre o consumo na era das novas tecnologias: uma reflexão sobre a tributação dos softwares. **Revista Direito Tributário Atual**, n. 44, p. 408-435, 2020.

INTERNATIONAL MONETARY FUND. **Corporate Taxation in the Global Economy**. IMF Policy Paper. 2019. Disponível em: https://www.imf.org/en/Publications/Policy-Papers/Issues/2019/03/08/Corporate-Taxation-in-the-Global-Economy-46650 . Acesso em: 31 de março de 2023.

KIM, Young Ran (Cristine). Digital Services Tax: A Cross-Border Variation of the Consumption Tax Debate. **Alabama Law Review**, v. 72, p. 131-185, 2020.

KOFLER, Georg; SINNIG, Julia. Equalization Taxes and the EU's "Digital Services Tax". **Intertax**, v. 47, issue 2, p. 176-200, 2019.

MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. **Contribuições e Federalismo**. São Paulo: Dialética, 2005.

MOREIRA, André Mendes. O Modelo de Federalismo Fiscal Brasileiro. In: SCAFF, Fernando Facury; TORRES, Heleno Taveira; DERZI, Misabel de Abreu Machado; BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves (Coord.). **Federalismo (s)em juízo**. São Paulo: Noeses, 2019, p. 193-226.

MOREIRA, André Mendes; COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. Inconstitucionalidades da Contribuição de Intervenção no Domínio Econômico Incidente sobre Remessas ao Exterior – CIDE Royalties. **Revista Dialética de Direito Tributário**, n. 89, p. 71-84, fev. 2003. Disponível em: https://sachacalmon.com.br/publicacoes/artigos/inconstitucionalidades-da-contribuicao-de-intervencao-no-dominio-economico-incidente-sobre-remessas-ao-exterior-cide-royalties/ . Acesso em: 04 de abril de 2023.

MOREIRA, Francisco Lisboa. **Os usuários como geradores de valor na economia digital e a possibilidade de sua tributação pelo Imposto de Renda no Brasil em um modelo de *Digital Services Tax***. 2022. 278f. Tese (Doutorado – Programa de Pós-Graduação em Direito

Econômico, Financeiro e Tributário) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2022.

OATES, Wallace E. An Essay on Fiscal Federalism. **Journal of Economic Literature**, v. 37, n. 3, p. 1.120-1.149, sep. 1999.

OECD. **Addressing the Tax Challenges of the Digital Economy, Action 1 – 2015 Final Report**. Paris: OECD, 2015. Disponível em: https://www.oecd.org/tax/addressing-the-tax-challenges-of-the-digital-economy-action-1-2015-final-report-9789264241046-en.htm. Último acesso em: 21 de novembro de 2023.

_____ **Tax Challenges Arising from Digitalisation - Interim Report 2018: Inclusive Framework on BEPS**. Paris: OECD, 2018. Disponível em: https://www.oecd.org/ctp/tax-challenges-arising-from-digitalisation-interim-report-9789264293083-en.htm. Último acesso em: 21 de novembro de 2023.

_____ **Declaração sobre uma solução de dois pilares para enfrentar os desafios fiscais decorrentes da digitalização da economia**. Paris: OECD, 2021. Disponível em: https://www.oecd.org/tax/beps/declaracao-sobre-uma-solucao-de-dois-pilares-para-enfrentar-os-desafios-fiscais-decorrentes-da-digitalizacao-da-economia-8-outubro-2021.pdf . Último acesso em: 21 de novembro de 2023.

OLIVEIRA, Fabrício Augusto de. **Uma pequena história da tributação e do federalismo fiscal no Brasil**: a necessidade de uma reforma tributária justa e solidária. São Paulo: Editora Contracorrente, 2020.

PISCITELLI, Tathiane. Tributação Indireta da Economia Digital: o Brasil está pronto para aderir às Orientações da OCDE?. **Revista Direito Tributário Atual**, n. 43, p. 524-543, 2019.

RIBEIRO, Ricardo Lodi. Do federalismo dualista ao federalismo de cooperação – a evolução dos modelos de estado e a repartição do poder de tributar. **Revista Interdisciplinar de Direito da Faculdade de Direito de Valença**, v. 16, n. 1, p. 335-362, jan./jun. 2018.

SCHWAB, Klaus. **A quarta revolução industrial**. São Paulo: Edipro, 2016.

SHAVIRO, Daniel. Digital Services Taxes and the Broader Shift from Determining the Source of Income to Taxing Location-Specific Rents. **NYU Law and Economics Research Paper Series**, n. 19-36, 2020. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3448070 . Acesso em: 31 de março de 2023.

SILVA, Mauro Santos. Teoria do federalismo fiscal: notas sobre as contribuições de Oates, Musgrave, Shah e Ter-Minassian. **Nova Economia**, v. 15, n. 1, p. 117-137, jan./abr. 2005.

TAVARES, Gustavo Perez; TOLEDO, Felipe; CERVIÑO, Gabriel Balbi. Digital Service Tax: World Trends and The Brazilian Approach. In: MIRANDA, Aloysio; CAVALCANTI, Flávia; SILVA JR., Antonio Luis H. da (Coords.). **Essays in International Taxation**: A Tribute to Professor H. David Rosenbloom by his Brazilian ITP Alumni. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2021, p. 335-352.

TIROLE, Jean. **Economics for the Common Good**. New Jersey: Princeton University Press, 2017.

VARSANO, Ricardo. **A evolução do sistema tributário brasileiro ao longo do século**: anotações e reflexões para futuras reformas. Texto para discussão n. 405. Rio de Janeiro: Instituto de Pesquisas Econômicas Aplicadas, 1996.

VELLOSO, Carlos Mário. Estado Federal e Estados Federados na Constituição Brasileira de 1988: do Equilíbrio Federativo. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, n. 74/75, p. 41-89, jan./jul. 1992.

VITA, Jonathan Barros. BEPS 2.0, Digital Service Tax – DST e Perspectivas no Direito Brasileiro. In: SOUZA, Priscila de (org.). **Anais do XVI Congresso Nacional de Estudos Tributários**:

constructivismo lógico-semântico e os diálogos entre teoria e prática. São Paulo: Instituto Brasileiro de Estudos Tributários – IBET, 2019, p. 519-547.

WATANABE, Tetsuya. Rationales and Challenges for a Digital Service Tax: Focusing on Location-Specific Rent. Policy Research Institute, Ministry of Finance, Japan, **Public Policy Review**, v. 17, n. 1, jan. 2021.

SUSTENTABILIDADE E JUDICIALIZAÇÃO DE DIREITOS SOCIAIS: DENSIDADE NORMATIVA POR PADRÕES CIENTÍFICOS E POR REFERÊNCIAS ORÇAMENTÁRIAS

Gianfranco Faggin Mastro Andrea [1],
José Carlos Francisco [2],
Marcos Vinicius Sales dos Santos [3]

RESUMO

O problema de pesquisa deste estudo é a pouca utilização de padrões técnicos, científicos e de experiência e de referências orçamentárias em judicializações individuais relativas a direitos sociais prestacionais não previstos em políticas públicas, comprometendo a sustentabilidade solidária e a responsabilidade intra e intergeracional. Reconhecendo a independência do Poder Judiciário e a livre convicção motivada, a hipótese de pesquisa deste estudo coloca a exigência de as partes e o julgador analisarem a sustentabilidade dessas políticas públicas (compreendida por certezas matemáticas e probabilidades relevadas por instituições confiáveis) nessas ações judiciais, de modo que o consequencialismo decisório reduza o voluntarismo judicial. A sustentabilidade é colocada como postulado normativo cujo elevado grau de abstração deve ser preenchido pelos referidos padrões e elementos orçamentários. A comprovação da hipótese se faz pelo método indutivo, reunindo elementos a partir de revisão bibliográfica, de bases normativas e documentais, e, especialmente, de pesquisas empíricas, com teste de consistência feito na judicialização da saúde (que acusa a baixa adesão aos mencionados padrões e efeitos orçamentários).

PALAVRAS-CHAVE: *controle judicial; políticas públicas; sustentabilidade; responsabilidade intra e intergeracional; consequencialismo decisório.*

SUSTAINABILITY AND THE JUDICIALIZATION OF SOCIAL RIGHTS: NORMATIVE DENSITY BY SCIENTIFIC STANDARDS AND BUDGETARY REFERENCES

ABSTRACT

The research problem of this study is the little use of technical, scientific and experience standards and budgetary references in individual judicializations related to social rights to benefits not provided for in public policies, compromising solidarity sustainability and intra

[1] Mestre e Doutor em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Professor de Direito na Universidade Santa Rita (2018). Professor de Direito da Universidade Paulista. Membro do Grupo de Pesquisa "Cidadania, Constituição e Estado Democrático de Direito". Analista do Ministério Público da União/Ministério Público Federal.

[2] Professor da Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie, vinculado ao Programa de Pós-Graduação em Direito Político e Econômico. Mestre e Doutor em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP. Líder do Grupo de Pesquisa CNPq Cidadania, Constituição e Estado Democrático de Direito.

[3] Doutor e Mestre em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Especialista em Direito Civil pela UFBA e Bacharel em Direito pela UEFS. Integra o Grupo de Pesquisa "Cidadania, Constituição e Estado Democrático de Direito". Procurador do Município de São Paulo e Advogado.

and intergenerational responsibility. Recognizing the independence of the Judiciary and the free conviction motivated, the research hypothesis of this study places the requirement for the parties and the judge to analyze the sustainability of these public policies (understood by mathematical certainties and probabilities raised by reliable institutions) in these lawsuits, so that decision-making consequentialism reduces judicial voluntarism. Sustainability is placed as a normative postulate whose high degree of abstraction must be fulfilled by these standards and budgetary elements. The hypothesis is proven by the inductive method, gathering elements from a bibliographic review, from normative and documentary bases, and, especially, from empirical research, with a consistency test done in the judicialization of health (which accuses the low adherence to the aforementioned standards and budgetary effects).

KEYWORDS: *judicial control; public policies; sustainability; intra- and intergenerational responsibility; decision-making consequentialism.*

INTRODUÇÃO

Pesquisas empíricas mostram que há pouca utilização de padrões técnicos, científicos e de experiência e de referências a equilíbrio orçamentário em ações judiciais com pretensões individuais sobre saúde não previstas em políticas públicas. Apesar da confiabilidade de informações produzidas no âmbito de entidades como SUS, ANVISA, CONITC, NATS e entes congêneres, acolhidas e recomendadas pelo CNJ e pelo TCU, ao não considerar esses padrões e referências como componentes da intepretação jurídica, a judicialização compromete a sustentabilidade do planejamento estatal e a responsabilidade solidária (intra e intergeracional) ínsita à premissa lógico-racional de continuidade social. Esse é o problema de pesquisa colocado neste estudo jurídico.

Mesmo reconhecendo a independência do Poder Judiciário e a livre convicção motivada como garantias fundamentais nas sociedades democráticas, a hipótese de pesquisa deste estudo coloca a exigência de as partes e, sobretudo o julgador, avaliarem e justificarem as razões pelas quais não são aplicados tais padrões de conhecimento quando a decisão judicial interfere na sustentabilidade dessas políticas públicas (consequencialismo decisório).

A necessidade de a interpretação judicial considerar o impacto intra e intergeracional se traduz como dever jurídico derivado do postulado da sustentabilidade à luz da solidariedade e da igualdade de direitos intra e intergerações, e a exigência de fundamentação adequada pode minimizar o risco de pronunciamentos judiciais voluntaristas em favor de pretensões individuais (por vezes individualistas). A tarefa interpretativa deve dar maior densidade ao postulado normativo da sustentabilidade (dotado de amplo grau de abstração) com apoio em padrões confiáveis (matemáticos e de probabilidade), evitando que o voluntarismo convencional (marcado por jurisdição generosa que enfrenta déficits históricos) não seja substituído por outro oculto (pautado por citações científicas genéricas ou apelos argumentativos a princípios gerais).

Comprovamos a hipótese da pesquisa pelo método indutivo, começando por revisão bibliográfica, seguida de bases normativas e documentais e, especialmente, de pesquisas empíricas. O desenvolvimento do estudo parte de premissas amplamente conhecidas (promessas do Estado Social executadas por políticas públicas) para depois apresentar a sustentabilidade como postulado constitucional, cuja baixa densidade

normativa deve ser preenchida por padrões técnicos, científicos e experiência e por elementos orçamentários realistas para que seja correta e legítima a intervenção judicial. Depois, como teste de consistência da hipótese, o estudo aponta os resultados de pesquisas empíricas sobre a judicialização da saúde que demonstram a baixa adesão a padrões técnicos, científicos e experiência e a efeitos orçamentários, para concluir que o consequencialismo decisório deve se orientar pela sustentabilidade solidária (vista sob o prisma de certezas matemáticas e de probabilidades).

1. SABEMOS BEM: PROMESSAS DO ESTADO SOCIAL E POLÍTICAS PÚBLICAS

O cumprimento das promessas de igualdade feitas pelos movimentos ocidentais liberais, desde o século XVIII, tem sido marcado por conflitos entre os que defendem novas liberdades e a os que se apegam a velhos poderes, de modo que evoluem de modo gradual, "não todos de uma vez e nem de uma vez por todas".[4] Esses avanços e retrocessos são comuns à historicidade dos direitos, garantias e deveres fundamentais, e também estão presentes quando se trata de prerrogativas dependentes de prestações estatais.

Sabemos que, na primeira metade do século XX, os direitos sociais ganharam força normativa com o "constitucionalismo social" voltado à concretização da igualdade material de oportunidades, libertação e a atendimento às necessidades vitais.[5] Desde então, o Estado aumentou suas obrigações de planejamento, custeio, execução, controle e revisão contínua de políticas públicas que combatem déficits socioeconômicos, sobretudo prevenindo danos e fomentando condutas solidárias e cooperativas.[6]

Há muitos desafios para a compreensão de problemas e para a definição de estratégias socioeconômicas nas atuais sociedades pluralistas, sujeitas a rápidas transformações em dinâmicas globais (especialmente pela substituição de culturas *off-line* por padrões comportamentais *online* pulverizados por vários países), aspectos que têm exigido novos modelos de governança nacionais e internacionais.[7]

Conjugados a esses problemas, há também limitações impostas pelos orçamentos públicos, barreiras reais e variáveis em planejamentos de longo prazo que ficam entre o dever jurídico de aplicabilidade imediata das disposições constitucionais sociais e as necessidades imperativas da natureza humana.[8] Direitos sociais, culturais e econômicos

[4] BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 5-6.

[5] Direitos fundamentais sociais servem à libertação da opressão social e da necessidade, conforme, SARLET, Ingo Wolfgang. Os direitos fundamentais sociais na constituição de 1988. In: PASQUALINI, Alexandre et al. *O direito publico em tempos de crise: estudos em homenagem a Ruy Ruben Ruschel*. Porto Alegre, Livraria do Advogado Editora, 1999, p. 149. Sobre constitucionalismo social, HERRERA, Carlos Miguel. Estado, constituição e direitos sociais. *Revista da Faculdade de Direito,* São Paulo, v. 102, p. 371-395, 2007, p. 380.

[6] Segundo MIRANDA, Jorge. O regime dos direitos sociais. *Revista de Informação Legislativa*. Ano 47, n.º 188, out. dez/2010, p. 32, "Em vez do exclusivismo do Estado no desenvolvimento de actividades que conduzam à efectivação de direitos económicos, sociais e culturais, a Constituição pressupõe ou faz apelo à colaboração de entidades da sociedade civil, de entidades privadas ou afins".

[7] Por todos, sobre esses problemas de governança, CHEVALLIER, Jacques. *L'État Post-Moderne*, 3e édition, Série Politique. Paris: Librarie Générale de Droit et de Jurisprudence – L.G.D.J., 2008.

[8] Sobre o assunto, no Brasil, BRANDÃO, Rodrigo. São os Direitos Fundamentais Cláusulas Pétreas? Em que Medida? In: *Direitos Sociais. Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie.* SOUZA NETO,

são intimamente dependentes de investimentos estatais para que se tornem realidade, aspecto frequentemente posto à prova em crises e exigências de austeridade.[9] As promessas de universalização do Estado Providência é reiteradamente questionada por clamores de retorno ao "Estado Mínimo" e privatização da esfera pública.[10]

Em verdade, há críticas de várias ordens, não só fiscais (de caixa) mas também ideológica (legitimidade do Estado Providência) e filosófica (sobre a solidariedade nesse modelo).[11] A incerteza se torna ainda maior com a transposição do capitalismo industrial para o financeiro e pelas transformações da chamada "Revolução 4.0" e o impacto de novas tecnologias em postos de trabalho e no financiamento da seguridade social. Esses desafios são amplamente conhecidos, sendo objeto de pesquisas, controvérsias e hipóteses de solução para todos os gostos.

Igualmente, sabemos que as políticas públicas são ferramentas institucionais para atender aos deveres dos governos nacionais.[12] O Estado Social tem ínsito o sentido de administrar com adequado planejamento do futuro, de tal modo que o "*government by policies* vai além do *government by law* do liberalismo".[13]

Governar por políticas públicas é uma tarefa dinâmica que envolve inúmeras fases (interdependentes e não lineares) voltadas a objetivos legítimos de consecução gradativa, e abrange faces e sujeitos distintos distribuídos no tempo, muitas vezes com intenções diferentes e, não raras vezes, antagônicas. Contudo, é igualmente notória a existência de personagens com pouca disposição para a preservar a continuidade de planos estatais em curso, pois, ao invés de autocontenção, novos governantes sentem-se movidos a dar respostas pretensamente melhores (quando não parecem ser com o intuito de minar o que não lhes é do agrado ou que pode ser favorável a adversários).

O Poder Judiciário também participa das políticas públicas brasileiras pois tem competência para controlá-las extraordinariamente em circunstâncias litigiosas, quando as decisões ordinárias dos poderes políticos contrastam com os regramentos do Estado de Direito. Logo, o Judiciário não é um "ser estranho" no ambiente de

Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel (coord.). Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2010, pp; 464-465. No mesmo sentido, fora do ambiente brasileiro, SUSTEIN, Cass; HOLMES, Stephen. *The Cos of Rights*. – why liberty depends on taxes. New York: Norton, 2000.

[9] Acerca da austeridade, BOTELHO, Catarina Santos. Os direitos sociais num contexto de austeridade: um elogio fúnebre ao princípio da proibição do retrocesso social. *ROA*, a. 75, n. 1 e 2, p. 259-293, 2015, p. 276. Igualmente, MIRANDA, Jorge. O regime dos direitos sociais. *Revista de Informação Legislativa*. Ano 47, n.º 188, out. dez/2010, p. 32-33. Sobre crises inerentes ao sistema capitalista, em especial os desdobramentos da crise econômica mundial de 2008 e seus efeitos em direitos sociais que impactou de modo desigual os vulneráveis, HENDES, Carla Evelise Justino. *Os direitos sociais em tempos de crise*: a jurisprudência da crise no Brasil e em Portugal, p. 197-200.

[10] Sobre o assunto, FERRAJOLI, Luigi. O Estado de Direito entre o passado e o futuro. In COSTA, Pietro. et al. (orgs). *O Estado de Direito: história, teoria e crítica*. São Paulo: Martins Fontes, 2006. Ver também: BERCOVICI, Gilberto; MASSONETTO, Luís Fernando. A Constituição Dirigente Invertida: A Blindagem da Constituição Financeira e a Agonia da Constituição Econômica. *Boletim da Faculdade de Direito - Universidade de Coimbra. Suplemento*. Coimbra, Portugal, v. XLIX, p. 57-77, 2006, p. 59-60.

[11] COPELLI, Giancarlo Montagner; BOLZAN DE MORAIS, José Luis. A necessidade de novos discursos teóricos frente à crise do Estado Social. *Revista Direito, Estado e Sociedade*, Ahead of print, 2020. Disponível em: https://revistades.jur.puc-rio.br/index.php/revistades/article/view/1396/622. Acesso em 01 jun 2023.

[12] Thomas Dye afirma que é a adoção de uma política pública por instituições estatais que lhe dá legitimidade, universalidade e coercibilidade (DYE, Thomas R. Mapeamento dos modelos de análise de políticas públicas. In: HEIDEMANN, Francisco G.; SALM, José Francisco. *Políticas públicas e desenvolvimento: bases epistemológicas e modelos de análise*. Brasília: UnB, 2009, p. 99-129).

[13] BERCOVICI, Gilberto; SOUZA, Luciano Anderson de. Intervencionismo econômico e Direito Penal Mínimo: uma equação possível. In: OLIVEIRA, William Terra de; LEITE NETO, Pedro Ferreira Leite; ESSADO, Tiago Cintra; SAAD-DINIZ, Eduardo (orgs.). *Direito penal econômico*: Estudos em homenagem aos 75 anos do Professor Klaus Tiedmann. São Paulo: LiberArs, 2013, p. 16.

políticas públicas, mas um agente que, pela complexidade da separação de poderes contemporânea, auxilia (por exceção) no controle desse planejamento e execução, sempre pelo viés jurídico.[14] A colaboração do Poder Judiciário no *accountability* das políticas públicas deve ser estritamente jurídica (sem substituir a vontade legítima do administrador ou do legislador), mas não se resume à análise do binômio legal/ilegal, mesmo porque o objeto das judicializações traz maior complexidade (especialmente elementos e dados econômicos, históricos e sociais). A apreciação judicial de políticas governamentais é distinta do juízo de validade de preceitos normativos e de atos concretos que as compõem, pois o quadro regulatório-legal de uma política pública é um de seus muitos elementos.[15]

Diante da complexidade de decidir sobre políticas públicas, Robert Dahl afirma que esse trabalho demanda juízos de valor sobre escolhas permeadas por incertezas, as quais podem surgir, dentre outros fatores, por falta de informações adequadas sobre: a) as alternativas para a realização dos fins; b) as possíveis consequências que serão produzidas a partir da escolha das alternativas dadas; c) o grau de probabilidade de que tais consequências se produzam; e, d) valor relativo de cada uma das alternativas.[16]

É nesse contexto que colocamos a hipótese desta pesquisa, pois a sustentabilidade das políticas públicas é elemento obrigatório para a análise judicial de políticas públicas.

2. SUSTENTABILIDADE COMO ELEMENTO JURÍDICO

Dentre as premissas para o desenho de políticas públicas estão a sequência no tempo e o envolvimento de grupos distintos de pessoas, daí decorrendo suas dimensões jurídicas como elementos lógico-racionais e éticos que ligam os seres humanos na continuidade histórica e na marcha civilizatória. Portanto, a compreensão jurídica de políticas públicas deve considerar: a) preocupações com justiça intra e intergerações, construída por padrões de tratamento imparcial entre pessoais distribuídas no tempo (sentido cronológico, tanto temporal quanto intertemporal); b) responsabilidade solidária compreendida como dever fundamental imanente, obrigação decorrente da aceitação de um critério de justiça entre gerações.[17]

As ideias de justiça (intra e intergerações) e de responsabilidade solidária são estruturadas pela noção de sustentabilidade, mas os conceitos não se confundem: justiça intra e intergeracional imparcial é a meta; responsabilidade solidária é o dever

[14] Sobre o excepcionalíssimo planejamento de políticas públicas pelo próprio Poder Judiciário, quando configurado um litígio estrutural, no Brasil, por todos, ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (orgs.). *Processos Estruturais*. 3. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: Juspodivm, 2021; VITORELLI, Edilson. *Processo Civil Estrutural*: Teoria e Prática. Salvador: Editora Jus Podivm, 2021; ANDRÉA, Gianfranco Faggin Mastro. *Estado de Coisas Inconstitucional no Brasil.* 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021.

[15] COMPARATO, Fábio Konder. Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, ano 35, n. 138, p. 39-48, abr./jun. 1998, p. 45.

[16] DAHL, Robert. La toma de decisiones em uma democracia: la Corte Suprema como una institución que crea políticas públicas". In: *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, ano 8, nº1, 2007, p. 83.

[17] Analisando aspectos de reconhecimento e gratidão retrospectiva, BIRNBACHER, Dieter. Responsibility for future generations – scope and limits. In: TREMMEL, Joerg Chet (coor.). *Handbook of Intergenerational Justice*. Lisboa Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2006, p. 23-38. Sobre responsabilidade intergeracional, TREMMEL, Joerg Chet. *A Theory of Intergenerational Justice*. Londres: Routledge, 2009, p. 7 e 8; MARQUES. Meio ambiente, solidariedade e futuras gerações. Nomos (Fortaleza), v. 32.2, p. 37-56, 2012, p. 39-40.

jurídico de todas e todos (vistos nos períodos de tempo); e sustentabilidade é o meio procedimental de realização, aspecto intrínseco a contínuas gerações. [18]

Sustentabilidade é uma forma ou um modo de agir (não o objetivo em si) e envolve a complexa tarefa de escolhas equilibradas e proporcionais de metas (sejam elas sociais, econômicas, ecológicas, ou outras), pensando no hoje e no amanhã, de modo que as gerações presentes não vivam às custas das gerações futuras.[19]

2.1 POSTULADO CONSTITUCIONAL

A interação e a continuidade entre gerações faz parte do pensamento do Direito desde tempos imemoriais, em quaisquer de seus ramos, compondo regras e primados que limitam (de modo legítimo) a autonomia individual.[20] A sustentabilidade, ínsita à continuidade, é comando ético estruturante da ordem jurídica que exige pensamento interpessoal e prospectivo para compor interesses de gerações distintas e para impedir que o individualismo do presente torne inexequíveis os projetos elementares das gerações futuras.[21]

A sustentabilidade é parte elementar da tarefa ordinária de desenhar, executar, controlar e rever políticas públicas, e, portanto, deve ser considerada na atividade jurisdicional que, extraordinariamente, decida sobre litígios pertinentes às prestações estatais. O agir sustentável não é uma recomendação ou uma opção, mas sim um postulado jurídico inerente ao tratamento adequado de políticas públicas.

Os princípios da solidariedade[22] e do Estado de Direito são as fontes normativas do postulado da sustentabilidade, expressamente reconhecido em vários ordenamentos constitucionais e internacionais (especialmente em assuntos que envolvam recursos naturais). Contudo, a sustentabilidade não fica restrita ao meio ambiente porque está presente em qualquer política pública que abrange sequência no tempo e envolva grupos distintos de pessoas.[23]

Com algumas variáveis, a pesquisa bibliográfica e normativa que fizemos revela que a sustentabilidade tem sido tratada como princípio (por expressar valor estruturante), embora, a nosso ver, seja postulado (vetor normativo instrumental pelo qual se faz a hermenêutica).

---

[18] Sobre o assunto, PIERDONÁ, Zélia Luiza; FRANCISCO, José Carlos; SILVA, Glauco Bresciani. Justiça Intergeracional, Responsabilidade e Sustentabilidade: Consequencialismo em Matéria Trabalhista e Previdenciária. *Revista Direito Mackenzie*, v. 17, p. 1-20, 2023.

[19] BOTELHO, Catarina Santos. Os direitos sociais em tempos de crise: ou revisitar as normas programáticas. Coimbra, Almedina, 2015, p. 395.

[20] No direito privado, p. ex., prodigalidade como causa de incapacidade relativa (art. 5º, IV do Código Civil em vigor, que corresponde ao art. 6º, II do Código Civil de 1916), e nulidade de atos de disposição gananciosa de patrimônio sem reserva para a subsistência do doador (art. 548 do Código Civil em vigor, que corresponde ao 1.175 do Código Civil de 1916).

[21] FREITAS, Juarez; GARCIA, Júlio César Garcia. Evolução conceitual do princípio da sustentabilidade. *Direito Sem Fronteiras*, [S. l.], v. 2, n. 4, 2018. p. 13-18.

[22] A respeito da solidariedade como limitação imposta pelo direito à geração presente em defesa dos interesses de sujeitos ainda não existentes, ver MARQUES, Clarissa. Meio ambiente, solidariedade e futuras gerações. Nomos (Fortaleza), v. 32.2, p. 37-56, 2012, 45-53.

[23] O art. 11 da Constituição japonesa traz cláusula geral garantindo prerrogativas fundamentais submetidos a atual e às futuras gerações como direitos eternos e invioláveis: no original em inglês, *Article 11. The people shall not be prevented from enjoying any of the fundamental human rights. These fundamental human rights guaranteed to the people by this Constitution shall be conferred upon the people of this and future generations as eternal and inviolate rights*. JAPAN'S CONSTITUTION OF 1946, disponível em https://www.constituteproject.org/constitution/Japan_1946.pdf?lang=en. Acesso em 25 jul 2023.

Segundo Joaquim Canotilho, a sustentabilidade é princípio estruturante do Estado Constitucional que leva a sério a salvaguarda da comunidade política em que se insere, além de identificar, como imperativo categórico na base de tal princípio, o dever imposto à humanidade para se planejar de modo a não viver à custa da natureza, à custa de outros humanos, à custa de outras nações ou à custa de outras gerações.[24]

Jorge Garcés Ferrer e Francisco José Rodenás mostram a sustentabilidade social como princípio constitucional (extensão do princípio do bem-estar universalista no tempo), de modo que adequadas condições de vida sejam um direito dos cidadãos do presente, mas também de todas as pessoas que se sucedem no tempo e constituirão a sociedade do futuro; frisam o viés axiológico da sustentabilidade e sua íntima relação com a solidariedade entre as gerações, colhendo apoio ético nos valores fundamentais da liberdade e da igualdade, de modo que as pessoas do presente têm responsabilidades tanto com os sucessores (prisma intergeracional) quanto com as condições de vida projetadas para o futuro (prisma intrageracional).[25]

Juarez Freitas afirma que a sustentabilidade tem múltiplas faces (ambiental, social, territorial, política etc.), representando princípio constitucional com eficácia direta e imediata do qual decorrem a responsabilidade do Estado e da sociedade pela concretização solidária do desenvolvimento material e imaterial, socialmente inclusivo, durável e equânime, visando assegurar (preferencialmente de modo preventivo e precavido) o direito ao bem-estar, no presente e no futuro.[26]

Para João Tonnera Júnior, a sustentabilidade tornou-se um elemento estrutural do Estado, e a abstração e a abertura normativa dos preceitos que a contém devem ser adensada pelas ideias de processo compassado baseado na durabilidade, na integração e na subsidiariedade, vistas pela informação, transparência, instrução, participação, planejamento, monitoração e avaliação, representando um "princípio constitucional-síntese" da interpretação sistemática da Constituição brasileira de 1988 (notadamente do art. 1º, III, do art. 3º, II, do art. 170, VI e do art. 225).[27]

Enfim, são muitas as dimensões da sustentabilidade ao desenvolvimento, representando a revelação social de novos e renovados valores em processo humanista alargado, coerente com continuidade civilizatória, em matéria ambiental[28] e em muitas outras, notadamente dependentes de políticas públicas prestacionais.[29] João Tonnera

[24] CANOTILHO, José Joaquim Gomes. O princípio da sustentabilidade como princípio estruturante do Direito Constitucional, *Revista de Estudos Politécnicos*, vol. III, nº 13, 2010, p. 8.
[25] FERRER, Jorge Garcés; RIGLA, Francisco José Rodenás. Teoría de la sostenibilidad social: aplicación en el âmbito de cuidados de larga duración. *Revista Internacional de Trabajo Social y Bienestar*, nº 01, 2012, p. 51.
[26] FREITAS, Juarez. *Sustentabilidade: direito ao futuro*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012.p. 50.
[27] TONNERA JUNIOR, João. *Sustentabilidade(s) e os direitos sociais.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 10-13.
[28] CAVALCANTE, Denise Lucena. Tributação Ambiental: Por uma Remodelação Ecológica dos Tributos. Nomos (Fortaleza), v. 32.2, p. 101-115, 2012, p. 101-107
[29] Por todos, BOSSELMANN, Klaus. *O Princípio da Sustentabilidade: Transformando Direito e Governança*. Trad. Peillip Gil França. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015; GARCÍA MURCIA, Joaquín. *La seguridade social em España y la idea de solidariedad*. Oviedo: KRK ediciones, 2017; GRIMONE, Marcos Ângelo. *O Conceito Jurídico de Direito Sustentável no Brasil*. Curitiba: Juruá, 2011; RIBEIRO, Alfredo Rangel. *Direito do Consumo Sustentável*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018; RODRIGUES, Valdemar José Correia Barbosa. *Desenvolvimento sustentável: uma introdução crítica.* Lisboa: Principia, 2009; SALOMÃO FILHO, Calixto. *O Novo Direito Societário - Eficácia e Sustentabilidade.* 5ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2019; SILVA,

apresenta quatro dimensões harmônicas e complementares para a sustentabilidade: a) ecológica ou ambiental; b) econômico-financeira; c) social; d) política (boa governança).[30] Para Canotilho, as dimensões da sustentabilidade são: a) interestatal, representada pelo dever de equidade entre países pobres e ricos (caráter transnacional); b) geracional, definida pela equidade entre diferentes grupos etários de uma mesma geração que convivem numa época; c) intergeracional, alusiva à equidade entre as pessoas vivas no presente e aquelas que ainda nascerão.[31]

Quanto ao fundamento normativo, no âmbito nacional, a Constituição de 1988 traz a sustentabilidade tanto de modo implícito (art. 1º, III, art. 3º, I e II, art. 5º, XXIII, art. 170, VI, art. 193, parágrafo único, art. 194, parágrafo único, art. 195, §5º, art. 218, e art. 219, dentre outros) quanto explícito, nesse caso cuidando do equilíbrio entre políticas públicas e orçamento estatal a dívida pública (art. 163, VIII, art. 164-A e parágrafo único, e art. 165, §2º) e do meio ambiente (art. 225). No âmbito do direito internacional, a normatização da sustentabilidade vem sendo largamente reforçada em matéria ambiental desde a Conferência da ONU em Estocolmo (1972), seguida de várias outras (muitas já ratificadas pelo Brasil). São abundantes os atos normativos infraconstitucionais que dão concretude a esses diplomas nacionais e internacionais, daí porque vemos dispensável a comprovação neste estudo.

O Constituinte brasileiro de 1988 não foi insincero ao prever amplo rol de direitos e garantias sociais (embora não tenha tido o mesmo cuidado ao descrever expressamente os deveres correspondentes), mas a análise jurídica para implementá-los deve ser feita de modo realista e responsável, notadamente considerando limitações científicas, empíricas e de experiência, e restrições orçamentárias à luz de perspectivas de progressividade. "Não todos de uma vez e nem de uma vez por todas".[32]

2.2 MAIOR DENSIDADE NORMATIVA POR PADRÕES TÉCNICOS, CIENTÍFICOS E EXPERIÊNCIA

Como postulado ou como princípio, a abertura semântica de preceitos normativos que cuidam da sustentabilidade resulta em previsões com baixa densidade normativa, deixando grande área "em branco" a ser preenchida por escolhas discricionárias por parte do titular da competência normativa infraconstitucional e, não poucas vezes, por parte do intérprete. Nesse contexto surge o conhecido problema do controle político e jurídico das escolhas ordinárias (por fazer ou não fazer) do agente normativo e da

da. Gibson Zucca; CARBONARI, Maria Elisa Ehrhardt; PEREIRA, Adriana Camargo. *Sustentabilidade, Responsabilidade Social e Meio Ambiente.* São Paulo: Saraiva, 2012; e WEDY, Gabriel. *Desenvolvimento Sustentável na Era das Mudanças Climáticas - Um Direito Fundamental*. Série IDP. São Paulo: Saraiva, 2018.

[30] TONNERA JUNIOR, João. *Sustentabilidade(s) e os direitos sociais.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 14-22. Em sentido próximo: ASTRÊ, Antônio Isac Nunes Cavalcante; NOGUEIRA, Tiago Cordeiro Nogueira. A sustentabilidade e a nova gênese do constitucionalismo no século XXI. In: 16º Seminário Internacional de Governança e Sustentabilidade, 2020, Itajaí. *Anais de Constitucionalismo, Transnacionalidade e Sustentabilidade*, 2020. v. 10. p. 5.

[31] CANOTILHO, José Joaquim Gomes. O princípio da sustentabilidade como princípio estruturante do Direito Constitucional, *Revista de Estudos Politécnicos*, vol. III, nº 13, 2010, p. 8-9. Também sobre a sustentabilidade com viés interestatal do qual decorre o dever de colaboração transnacional em vista de problemas com escala global, CRUZ, Paulo Márcio; BODNAR, Zenildo. O novo paradigma do direito na pós-modernidade. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito*, Porto Alegre, v. 3, n. 1, 2011, p. 81-82.

[32] BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 5-6, já citado no início deste estudo.

administração pública, tornando ainda mais complexo o controle extraordinário do Poder Judiciário quanto ao mérito das decisões legislativas e administrativas. [33]

Joaquim Canotilho reconhece a abertura semântica de cláusulas normativas sobre a sustentabilidade e, daí, a carência de concretização conformadora (pois não transportam soluções prontas), bem como a necessidade de ponderações e julgamentos problemáticos, mas o autor vê possível recortar o imperativo categórico que está na gênese da evolução sustentável: o dever de organizar nossos comportamentos e ações de forma a não vivermos às custas da natureza, de outros seres humanos, de outras nações e de outras gerações.[34]

Elementos orçamentários e financeiros são importantes, é claro, e devem ser conjugados com a proteção mínima das condições de vida das gerações atuais. Segundo Joerg Tremmel, cabe à geração presente evitar o que possa reverter ou perturbar a histórica tendência de elevação do Índice de Desenvolvimento Humano (IDH), e propõe o seguinte enunciado: *"A justiça intergeracional é alcançada se as oportunidades dos membros da geração futura para atender às suas necessidades são, no mínimo, as mesmas dos membros da geração anterior"*.[35]

Jorge Miranda afirma que a construção e a revisão de políticas públicas devem seguir a seguinte pauta, a depender de condições econômicas: 1) os preceitos devem ser empregados para extrair o máximo de satisfação e a realização de todas as prestações, em havendo condições; 2) não havendo (casos de recessão ou de crise), as prestações devem ser adequadas ao nível de sustentabilidade existente, com eventual redução dos seus beneficiários ou dos seus montantes; 3) na extrema escassez ou de exceção constitucional (estado de sítio ou de emergência), prestações podem ser suspensas, mas devem ser retomadas (a curto ou a médio prazo) tão logo restabelecida a normalidade da vida coletiva (eventual suspensão deve observar regras ou limites); 4) em quaisquer casos, a dignidade da pessoa humana deve ser garantida por um conteúdo mínimo dos direitos ou de um mínimo material de subsistência.[36]

Concordamos com Carla Evelise Justino Hendges quando afirma que medidas de austeridade não podem ser baseadas apenas em critérios financeiros, pois devem ser compatibilizadas com direitos econômicos, sociais e culturais, mas a sustentabilidade social é uma variável imprescindível na tomada de decisão.[37]

Já é um considerável progresso colocar, no horizonte jurídico, preocupações com justiça intra e intergerações, e com o modo de agir sustentável a partir de padrões

[33] A esse respeito, FRANCISCO, José Carlos. Conceitos jurídicos indeterminados científicos e empíricos e limite à interpretação judicial. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais*, v. 31, p. 893-914, 2015.
[34] CANOTILHO, José Joaquim Gomes. O princípio da sustentabilidade como princípio estruturante do Direito Constitucional, *Revista de Estudos Politécnicos*, vol. III, nº 13, 2010, p. 8-9.
[35] TREMMEL, Joerg Chet. A theory of intergenerational justice. London: Routledge, 2009, p. 231. No original: "Generational justice is achieved if the opportunities of future generations to satisfy their needs are at least as good as those of today's Generation".
[36] MIRANDA, Jorge. O regime dos direitos sociais. *Revista de Informação Legislativa*. Ano 47, n.º 188, p. 23-36, out. dez/2010, p. 34.
[37] HENDES, Carla Evelise Justino. *Os direitos sociais em tempos de crise*: a jurisprudência da crise no Brasil e em Portugal. 2018. 317f. Tese de Doutorado em Direito. Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do SUL, PUCRS, 2018, p. 210.

orçamentários e financeiros.[38] Mas a importância e gravidade dos problemas que geralmente estão na pauta de escolhas solidariamente sustentáveis exigem passos adiante, realista e efetivos, sobretudo na delimitação dos limites jurídicos para as escolhas ordinárias legislativas e administrativas, e para o extraordinário controle judicial. O ponto de partida para isso é a consciência de a justiça (intra e intergeracional) depender de fórmula distributiva capaz de conferir direitos e deveres de modo equitativo para diferentes grupos de pessoas em momentos distintos de tempo.[39]

É verdade que há muitas incertezas quando pensamos no futuro, pois isso envolve pessoas com necessidades desconhecidas e em situações potencialmente imprevisíveis e sujeitas a contínuas transformações. Porém, se de um lado a sequência história está exposta a múltiplas variáveis, de outro lado há uma proporção previsível a partir de padrões técnicos, científicos e experiência, algumas com certezas matemáticas. Ainda que esses próprios padrões possam mudar (fato notório a partir de inovações tecnológicas), no presente há uma resposta provável a partir do estágio atual da ciência e do conhecimento.

Nossa posição não é um mero resgate do positivismo francês do século XIX que colocou o conhecimento científico como única forma de verdade, mas sim a valorização de padrões técnicos, científicos e experiência como referência relevante para o desenho de fórmulas distributivas e equitativas em políticas públicas com efeitos intra e intergerações e, por consequência, da interpretação de preceitos normativos sobre sustentabilidade. Aquecimento global, vacinação em pandemia e pleitos individualistas desestruturantes de sistemas gerais baseados em critérios atuariais (notadamente planos previdenciários[40]) são exemplos de resistências notórias a padrões técnicos, científicos e experiência, comprovando que a sustentabilidade não encontra seu lugar mesmo em se tratando de assuntos relevantes e urgentes.

Por isso, passos civilizatórios devem ser iluminados também (mas não só) por padrões técnicos, científicos e experiência, hábeis para dar maior densidade normativa à visão jurídica da sustentabilidade e para afastar o voluntarismo, reduzindo (ou até eliminando, se escorados em certezas matemáticas) a discricionariedade legislativa e administrativa ordinária, e a extraordinária intervenção judicial em juízos de ponderação (notadamente na fase da proporcionalidade em sentido estrito).

3. DÉFICITS SOCIAIS E INTERVENÇÃO JUDICIAL EM POLÍTICAS PÚBLICAS

Segundo Boaventura de Souza Santos, nas sociedades periféricas e semiperiféricas, até mesmo os direitos fundamentais de primeira geração ("não prestacionais") enfrentaram deficientes eficácias dadas as instabilidades políticas com

[38] Por todos, PIERDONÁ, Zélia Luiza; FRANCISCO, José Carlos; SILVA, Glauco Bresciani. Justiça Intergeracional, Responsabilidade e Sustentabilidade: Consequencialismo em matéria trabalhista e previdenciária. *Revista Direito Mackenzie*, v. 17, p. 1-20, 2023, afirmando a necessidade de as consequências intergeracionais serem minimamente consideradas na interpretação jurídica.

[39] SILVA, Suzana Tavares da. Nota prévia. In: SILVA, Suzana Tavares da; RIBEIRO, Maria de Fátima (coord.). *Trajetórias de Sustentabilidade: tributação e investimento*. Coimbra, Instituto Jurídico da Faculdade de Coimbra, 2013, p. 07.

[40] Sobre o tema, ver LEITÃO, Andre Studart; PIERDONÁ, Zélia Luiza; VERAS, André Rodrigues Veras. Desafios à judicialização da Previdência Social: legalidade, microscopismo e pré-julgamento. Nomos (Fortaleza), v. 43, p. 131-152, 2023.

períodos de ditadura, mas a dificuldade é ainda maior em se tratando de direitos sociais, havendo uma espécie de "curto-circuito histórico" quando os Estados de Bem-Estar se viram na contingência de assegurar, "de uma só vez", a longa enunciação normativa de prerrogativas prestacionais, enquanto os países centrais o fizeram ao longo de um período de mais de um século.[41] O mesmo autor lembra que essas demandas vêm conjugadas com pleitos para a concretização de ditas "promessas da modernidade".[42]

Robert Dahl frisa o fato de frequentemente chegarem aos tribunais casos de difícil solução sobre os quais há amplos desacordos sociais, e cujos desenlaces envolvem a busca por densificação de conceitos jurídicos indeterminados, de modo que o Poder Judiciário passou a desempenhar relevante papel no cenário político com a missão de decidir entre alternativas controvertidas.[43]

Na Europa, a doutrina dominante chegou a construir a ideia de que os direitos sociais não seriam verdadeiros "direitos exigíveis" (direitos subjetivos) e, com esse entendimento, verificada omissão dos governos, ninguém poderia judicialmente buscar prestações positivas contra o poder público.[44] Já no Brasil, a analítica Constituição de 1988 e suas cláusulas de aplicabilidade imediata (em especial o art. 5º, §1º) deram amparo à denominada "Doutrina da Efetividade", não sem fortes críticas pela centralidade da discussão no Poder Judiciário.[45]

A situação brasileira é revelada em pesquisas de Boaventura de Souza Santos, afirmando que, nos países latino-americanos, desde a década de 1980, o Poder Judiciário se afastou da "aplicação da letra da lei" e do "*law profile* institucional" para assumir postura de protagonismo em razão de uma multiplicidade de razões, mas que, em sua gênese, há o desmantelamento do Estado social (laboral, previdência, social, educação, saúde etc.): de um lado, o novo modelo de desenvolvimento (baseado em regras de mercado e em contratos privados) exige estabilidade, impondo aos juízes decisões eficazes, rápidas e independentes; de outro lado, a precarização dos direitos econômicos e sociais levou à judicialização em países semiperiféricos como o Brasil, o que não se verifica na Suécia e Holanda (detentoras de bons sistemas de Estado de bem-estar), mostrando que a litigação tem a ver com culturas jurídicas e políticas, e,

[41] SANTOS, Boaventura de Souza. *Sociología jurídica crítica*: para un nuevo sentido común en el derecho, p. 102 e 104.
[42] SANTOS, Boaventura de Souza. *Para uma revolução democrática da Justiça*. 3ª ed. São Paulo: Cortez, 2011, p. 13.
[43] DAHL, Robert. La toma de decisiones em uma democracia: la Corte Suprema como una institución que crea políticas públicas". In: *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, ano 8, nº1, 2007, p. 84.
[44] HERRERA, Carlos Miguel. Estado, constituição e direitos sociais. *Revista da Faculdade de Direito,* São Paulo, v. 102, 2007, p. 371-372.
[45] Criticando a "Doutrina da Efetividade", por todos, Giberto de Bercovici afirma que essa doutrina e a redução do debate constitucional às *questões* envolvendo a dicotomia entre regras e princípios ou às questões hermenêuticas e de interpretação, consagram um deslocamento (que não necessariamente corresponde à realidade política) do centro do sistema constitucional da esfera dos Poderes Executivo e Legislativo para o Poder Judiciário. BERCOVICI, Gilberto. Estado Intervencionista e Constituição Social no Brasil: O Silêncio Ensurdecedor de um Diálogo de Ausentes. In: SOUZA NETO, Claudio Pereira; SARMENTO, Daniel; BINENBOJM, Gustavo (orgs.). *Vinte Anos da Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p.734.

também, com o nível de efetividade dos direitos e com a existência de estruturas administrativas que sustentem essa aplicação.[46]

De fato, em vista da ampla lista de direitos sociais de nossa ordem constitucional de 1988, positivados frequentemente por conceitos jurídicos indeterminados, é fato notório a elevada judicialização desses conflitos, colocando o julgador diante de pretensões que, em última análise, desafiam escolhas estatais em políticas públicas para que o autor da ação judicial se aproprie (individualmente) de parcelas do orçamento.[47] Não poucas vezes, a pretensão do autor da ação judicial quer que sua vontade individualista seja adotada pelo juiz em substituição à vontade do gestor público posta na política pública, como se tudo dependesse de boas intenções ou de conhecimentos sobre o ordenamento jurídico.[48]

Ocorre que a judicialização imediata de direitos sociais tem sido feita sob premissas bilaterais convencionais (pensando em um autor-credor e em um réu-devedor), o que gera uma visão monocular do problema por ignorar a perspectiva intra e intergeracional e a sustentabilidade solidária das decisões judiciais negociadas (recomendável em muitas situações e imprescindível em se tratando de litígios estruturais).[49] Susana Henriques da Costa e Débora Chaves Martines Fernandes anotam que a judicialização dos direitos sociais de forma atomizada impede a análise completa e planejada, atingindo o administrador de forma também dispersa e prejudicando a visão geral do problema, dando preferência ao individual em detrimento do coletivo e causando o efeito inverso (privilegia quem vai ao Judiciário, isoladamente).[50] E, como efeito colateral, o pretexto de concretizar os direitos fundamentais provoca crise de legitimidade pela potencial instauração de um governo de juízes ou *juristocracy*.[51]

[46] SANTOS, Boaventura de *Souza*. *Para uma revolução democrática da Justiça*. 3ª ed. São Paulo: Cortez, 2011, p. 22-24. Com explicação semelhante, BERIZONCE, Roberto Omar. Los conflictos de interés público. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; COSTA, Suzana Henriques da (Orgs.). *O processo para solução de conflitos de interesse público*. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 280; e BERIZONCE, Roberto Omar. Activismo judicial y participación en la construcción de las políticas púbicas. *Civil Procedure Review*, v. 1, n. 3, p. 46-74, sep./dec, 2010, p. 63.

[47] MOURA, Marcelo Oliveira de; BOLZAN DE MORAIS, Jose Luis. O neoliberalismo "eficientista" e as transformações da jurisdição. *Revista Brasileira de Direito*, Passo Fundo, v. 13, n. 1, p. 177-195, mar. 2017, p. 179-182.

[48] No mesmo sentido, MENEZES DE ALMEIDA, Fernando; ZAGO, Mariana. Augusta dos Santos. Controle de políticas públicas pelo poder judiciário: breves ideias a partir do modo de estruturação da jurisdição. In: SUNDFELD, Carlos Ari; ROSILHO, André. (Org.). *Direito da regulação e políticas públicas*. 1ed.São Paulo: Malheiros, 2014, p. 101-103.

[49] Sobre processos estruturais e soluções negociadas, SANTOS, Marcos Vinícius Sales dos. *Processos estruturais e implementação negociada de políticas públicas*. 2021. Dissertação de Mestrado em Direito Político e Econômico - Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, 2021.

[50] COSTA, Susana Henriques da e FERNANDES, Débora Chaves M. Processo Coletivo e Controle Judicial de Políticas Públicas: Relatório Brasil. In: GRINOVER, Ada Pellegrini, WATANABE, Kazuo e COSTA, Susana Henriques da. *O processo para a solução de conflitos de interesse público*, Salvador: Juspodium, 2017, p. 371-372.

[51] Para maiores dados desse *efeito*, HIRSCHL, Ran. *Towards juristocracy*: the origins and consequences of the new constitucionalism. Cambridge: Harvard University Press, 2004.

4. AINDA (E SEMPRE?) A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE: BAIXA ADESÃO A PADRÕES TÉCNICOS, CIENTÍFICOS E EXPERIÊNCIA E A EFEITOS ORÇAMENTÁRIOS

O acesso a prestações estatais relacionadas à saúde é (ainda) um bom exemplo de litigância individual (por vezes, individualista) que compromete o equilíbrio e a sustentabilidade solidária de políticas públicas.

O Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), o Ministério da Saúde e a Fundação Oswaldo Cruz (FIOCRUZ), utilizando-se de metodologia da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), elaboraram o relatório "Conta SHA 2015-2019", sobre a saúde do Brasil entre os anos de 2015 a 2019, apontando gastos e financiamentos de todas as esferas (governamentais e privadas, incluindo-se famílias com medicamentos e pagamentos de planos de saúde), no qual destacamos: a) o SUS é a "única alternativa de acesso a serviços de saúde para mais de 70% da população" (fato que ficou ainda mais evidente durante a pandemia do novo coronavírus), respondendo por mais da metade do financiamento de toda a atenção curativa (ainda que os medicamentos sejam majoritariamente financiados por pagamento direto do bolso das famílias); b) o modelo brasileiro é focado na atenção curativa, com menores financiamentos para cuidados de longo prazo e reabilitação, áreas que se encontram pressionadas pelo envelhecimento da população brasileira e serão ainda mais demandadas com as necessidades de cuidados de longo prazo pós-covid; c) os planos e seguros de saúde tiveram expressiva diminuição do número de beneficiários entre os anos de 2015 e 2017, que passaram a ser atendidos pelo SUS em razão de seu acesso universal; e d) o gasto público com saúde aumentou de R$ 231,5 bilhões (em 2015) para R$ 290,4 bilhões (em 2019).[52]

Pesquisas empíricas têm demonstrado que as decisões judiciais sobre saúde deixam em segundo plano: a) os padrões científicos assentados no Sistema Único de Saúde (SUS) e em Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas (PCDT), nos moldes do art. 19-M da Lei nº 8.080/1990; b) a articulação orçamentária e a organização das atribuições feitas pelo SUS, porque um ente estatal pode ser judicialmente compelido a dispensar fármacos ou a realizar procedimentos já atribuídos a outro ente, já que se trata de responsabilidade solidária da União, dos Estados-Membros, do Distrito Federal e dos Municípios (Tema 793/STF).

De acordo com o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), houve crescente número de demandas sobre saúde (incluída a suplementar) distribuídas nos Tribunais de Justiça estaduais entre os anos de 2008 e 2017 (ano a ano, cerca de 130%), enquanto o número total de processos distribuídos em primeira instância aumentava aproximadamente 50% no mesmo período; no caso do Tribunal de Justiça paulista, foram analisadas os pedidos em 107.497 ações, com a constatação da maciça procedência integral (74,68%) ou parcial (10,39%), em litigância predominantemente

[52] BRASIL. Ministério da Saúde. *Contas de saúde na perspectiva da contabilidade internacional: conta SHA para o Brasil, 2015 a 2019 / Ministério* da Saúde, Fundação Oswaldo Cruz, Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. – Brasília: IPEA, 2022, p. 13, 16 e 29.

individual (muitas pleiteando medicamentos fora das listas oficiais).[53] Nessa pesquisa, o CNJ apurou que essas decisões judiciais paulistas, em poucas ocasiões, levaram em consideração os protocolos clínicos do SUS, as regras da ANVISA, as decisões da CONITEC e as próprias orientações do CNJ: a ANVISA é citada em apenas 1,20% dos casos procedentes, em 7,52% nas decisões parcialmente procedentes, em 3,02% nas improcedentes e em 26,22% nas extintas, indicando que juízes utilizam esses dados técnicos preponderantemente quando recusam o pedido do autor; a CONITEC é citada em 1,38% nos casos improcedentes, mas tão somente em 0,13% nas decisões pela procedência; o CNJ foi mencionado em 0,42% dos pleitos procedentes, e em 1,7% dos improcedentes; e as indicações dos Núcleos de Avaliação de Tecnologias em Saúde (NATS) foram utilizadas em apenas em 0,01% das decisões judiciais no Tribunal estadual paulista.[54]

Esse cenário (elevado grau de litigância individual envolvendo o direito à saúde) se torna ainda mais delicado, do ponto de vista da sustentabilidade, quando se pondera que muitos magistrados não levam em consideração as políticas públicas já existentes ao julgarem os casos individuais, de acordo com outra pesquisa empírica do CNJ, segundo a qual metade dos pesquisados informou que "raramente" ou "nunca" as políticas públicas são consideradas para a tomada de decisão pelo Judiciário; menos frequentes foram as respostas que apontaram a observância das orientações do Poder Executivo local para a tomada de decisão nos julgamentos judiciais.[55]

Investigando o perfil, o volume e o impacto das ações judiciais na área da saúde (fornecimento de medicamentos, insumos ou tratamentos médico-hospitalares em geral, também no exterior), o Tribunal de Contas da União (TCU) constatou o exponencial aumento de ações judiciais, com gastos decorrentes de intervenções judiciais saltando de R$70 milhões em 2008 para R$1 bilhão em 2015.[56]

Estudos do Conselho Nacional de Justiça também apontaram que significativa parte dos orçamentos de secretarias estaduais e municipais de saúde são destinadas para a resolução de demandas judiciais. Por exemplo, no ano de 2019, sendo digno de nota que alguns entes públicos chegaram a comprometer mais de 70% do orçamento para cumprimento de ordens judiciais[57]. À evidência, os custeios determinados pelo Poder Judiciário não têm prévia indicação em orçamentos (nacionais e subnacionais), e também não se submetem ao procedimento de precatórios dada a urgência ou

[53] BRASIL. CONSELHO *NACIONAL* DE JUSTIÇA. *Judicialização da saúde no Brasil: perfil das demandas, causas e propostas de solução*. Brasília: CNJ, 2019, p. 45-79 e 105. O mesmo estudo identificou perfil de judicialização da saúde semelhante (predominância de casos individuais envolvendo itens não padronizados pelo SUS) no Estado do Rio Grande do Sul (p. 110).

[54] BRASIL. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Judicialização da saúde no Brasil: perfil das demandas, causas e propostas de solução*. Brasília: CNJ, 2019, p. 80.

[55] CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Judicialização e saúde*: ações para acesso à saúde pública de qualidade. Brasília: CNJ, 2021, p. 99.

[56] BRASIL, Tribunal de Contas da União (TCU). Acórdão 1787/2017, Plenário, TC 009.253/2015-7 de 16/08/2017, disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO:1787%20ANOACORDAO:2017%20COLEGIADO:'Plen%C3%A1rio'/DTRELEVANCIA%20desc,%20NUMACORDAOINT%20desc/0. Acesso em 24 jul 2023.

[57] CONSELHO NACIONAL *DE* JUSTIÇA. *Judicialização e saúde*: ações para acesso à saúde pública de qualidade, p. 107-108. Os entes reservaram mais de 70% dos orçamentos para cumprimento de ações judiciais foram Porto Nacional (TO), Conselheiro Lafaiete (MG), Rio Claro (SP), Bom Despacho (MG), Arapoema (TO) e Uberlândia (MG). A respeito das dificuldades orçamentárias impostas aos entes federativos e os custos dos direitos sociais, ver CAVALCANTE, Denise Lucena; LIMA, Raimundo Márcio Ribeiro. Ilusão do Pacto Federativo Cooperativo e os Custos dos Direitos Sociais. *Nomos (Fortaleza)*, v. 2015.1, p. 99-120, 2015.

emergência da medida (salvo em ações de ressarcimento), o que obviamente desarticula as contas públicas e desorganiza as atribuições feitas pelo SUS.

Em 2019, o TCU instaurou o processo nº 014.791/2019-6, resultando no Acórdão nº 1.487/2020, e identificou gastos crescentes com ações e serviços públicos de saúde, apontando o elevado nível de litigância como um dos fatores que põem em risco a sustentabilidade do SUS, atingindo simultaneamente o ente nacional e os subnacionais, desorganizando o planejamento orçamentário e financeiro.[58] Essas conclusões são até mesmo intuitivas, de modo que as conclusões da pesquisa empírica do TCU dão os números da gravidade do problema da sustentabilidade (intra e intergeracional) do sistema de saúde brasileiro devido as vulnerabilidades criadas pela judicialização individual.

Segundo a referida pesquisa do CNJ, apenas 2,3% da base de dados pesquisada foram ações coletivas, com grande variação entre regiões (com predomínio na região Norte, sobretudo no Pará, e menor no Sul e no Sudeste).[59]

Tratando da litigância individual do direito à saúde, Ana Luiza Chieffi e Rita Barradas Barata afirmam que a desconsideração da dimensão coletiva impede considerar o problema em todas as suas dimensões e complexidade, resultando em medidas que prolongam indefinidamente a imensa dívida social com a parcela mais vulnerável da população.[60]

5. CONSEQUENCIALISMO DECISÓRIO: SUSTENTABILIDADE, CERTEZAS MATEMÁTICAS E PROBABILIDADES

Ao nosso ver, pela independência do Poder Judiciário e pela livre convicção motivada, é aceitável que decisões judiciais apresentem fundamentações e conclusões diferentes das indicadas por padrões técnicos, científicos e experiência, ou que vejam como superáveis as restrições orçamentárias de entes nacionais e subnacionais. Nossa crítica se situa na ausência de enfrentamento e de argumentação jurídica-racional desses padrões técnicos, científicos e experiência (relevados por entidades confiáveis como ANVISA, CONITC, NATS e outros, e recomendados por órgãos como o CNJ), desconsiderando protocolos clínicos de tratamento, alternativas terapêuticas disponíveis no SUS, e indicações de núcleos de assessoramento e congêneres. O mesmo entendimento se aplica aos impactos nos orçamentos públicos, considerando o notório efeito multiplicador nas ações individuais.

Trata-se de dever das partes do processo e, sobretudo do julgador, avaliar esses aspectos centrais para a sustentabilidade solidária dos sistemas de saúde estruturados pela distribuição equitativa de responsabilidades intra e intergerações, pois compõem

[58] BRASIL. *Tribunal* de Contas da União (TCU). RL 014.791/2019-6. Relator: Ministro Benjamin Zymler. Data da sessão: 16/06/2020, p. 49 e 72-73. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/redireciona/acordao-completo/%22ACORDAO-COMPLETO-2406624%22. Acesso em 06 jun 2023.
[59] BRASIL. *CONSELHO* NACIONAL DE JUSTIÇA. *Judicialização da saúde no Brasil: perfil das demandas, causas e propostas de solução*. Brasília: CNJ, 2019, p. 112.
[60] CHIEFFI, Ana *Luiza*; BARATA, Rita Barradas. Judicialização da política pública de assistência farmacêutica e equidade. *Cadernos de Saúde Pública*, v. 25, 2009, p. 1848.

o conteúdo delimitado pela abertura semântica dos preceitos normativos aplicáveis à judicialização.

Na construção do resultado interpretativo do ordenamento jurídico, as partes e o juiz devem considerar as prováveis consequências de sua decisão, medida necessária para a própria validade e legitimidade de suas afirmações, minimizando os riscos desestruturantes da microjustiça do caso concreto de viés tipicamente bipolar (autor *vs* réu), pois temas envolvendo direitos sociais prestacionais em políticas públicas estão vinculados à macrojustiça desde sua concepção normativa constitucional. [61]

Na mesma linha do consequencialismo decisório está o "pragmatismo cotidiano" explicado por Richard Posner como a atitude mental marcada pela visão prática enraizada nos usos e costumes de uma sociedade impetuosa, rápida, competitiva, objetiva, comercial, e materialista filistina (como a usado nos negócios dos EUA), *"desdenhosa da teoria abstrata e da pretensão intelectual, desprezando os moralizadores e os sonhadores utópicos"* e que enfatiza *"trabalhar duro e avançar"*, predispondo *"os americanos a julgar pelo critério do que funciona"*.[62]

Para darmos um passo adiante, não basta apenas invocar o art. 20 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (na redação da Lei nº 13.655/2018) para reclamar que a decisão judicial analise suas consequências práticas. Emerson Gabardo e Pablo Ademir de Souza têm razão quando sinalizam o risco de pensarmos apenas em um cenário hipotético ideal (decisões lastreadas em estudos técnicos e pareceres feitos com rigor metodológico possível), levando o julgador se limitar a juízos de probabilidade sobre a realidade que podem dar margem à subjetivação e deturpações do resultado. Os mesmos autores ainda alertam para o fato de a revolução científica baseada em métodos quantitativos ter alterado a percepção sobre a verdade buscada através da ciência, de modo que a ausência de base probatória adequada para previsões pode relegar o consequencialismo ao senso intuitivo dos operadores do Direito (geralmente sem habilitação para outras áreas do conhecimento), favorecendo traços negativos como o populismo judicial e o moralismo político na decisão dos administradores, controladores e juízes.[63]

Não podemos trocar um voluntarismo no processo convencional sobre direitos sociais (com jurisdição generosa que enfrenta déficits históricos com uma única liminar) por outro voluntarismo oculto por trás de citações científicas genéricas ou de argumentos que recorrem a ideais de justiça vagos e abstratos (supostamente amparados por princípios gerais). Não é disso que se trata quando falamos em dados fornecidos por entidades como SUS, ANVISA, CONITC, NATS e outros, ou equilíbrio orçamentário, acolhidos por recomendações do CNJ e indicações do TCU, indicando medicamentos e procedimentos adequados ou inadequados segundo certezas

[61] Sobre o *consequencialismo* decisório no processo estrutural, por todos, MEDEIROS JUNIOR, Leonardo. *Processo estrutural consequencialista:* a intervenção judicial em políticas públicas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 127-130.

[62] POSNER, *Richard* A. *Direito, pragmatismo e democracia.* Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 38-39.

[63] GABARDO, Emerson; SOUZA, Pablo Ademir de. O consequencialismo e a LINDB: a cientificidade das previsões quanto às *consequências* práticas das decisões. *A&C - Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 20, n. 81, p. 97-124, jul./set, 2020, p. 98. Disponível em: http://www.revistaaec.com/index.php/revistaaec/article/view/1452/860. Acesso em: 26 dez 2022.

matemáticas ou probabilidades com elevada credibilidade, ainda que possam ser revistos a partir de outros prismas ínsitos à evolução do conhecimento.

É ao consequencialismo decisório pautado por informações obtidas em redes de confiança que este estudo se refere ao indicar o dever de as partes e o julgador analisarem a sustentabilidade de políticas públicas sociais prestacionais. Do contrário, a ação judicial com pleitos individuais sobre direitos sociais se põe em caminho obscuro e com efeitos práticos arriscadamente desproporcionais e ilegítimos.

CONCLUSÃO

O Constituinte brasileiro não foi insincero ao descrever a importante lista de direitos sociais positivada na ordem de 1988, mas a inviabilidade de materializá-los, "todos de uma vez e de uma vez por todas", não pode nos manter no "curto-circuito histórico" dos Estados de Bem-Estar.

Embora a independência do Poder Judiciário e a livre convicção motivada sejam garantias fundamentais nas sociedades democráticas, as partes e o julgador têm o dever de considerar o impacto intra e intergeracional (derivado do postulado jurídico da sustentabilidade à luz da solidariedade e da igualdade) em ações judiciais com pretensões individuais sobre saúde não previstas em políticas públicas.

A elevada confiabilidade de informações produzidas no âmbito de entidades como SUS, ANVISA, CONITC, NATS e entes congêneres, acolhidas e recomendadas pelo CNJ e pelo TCU, exige que suas referências sejam debatidas nas judicializações de políticas públicas. Esses padrões técnicos, científicos e de experiência, assim como de referências a equilíbrio orçamentário, são os elementos necessários para conferir maior densidade normativa à sustentabilidade e à responsabilidade solidária (intra e intergeracional), ínsitas à premissa lógico-racional de continuidade social.

O consequencialismo decisório pautado na sustentabilidade (compreendida por padrões confiáveis, matemáticos e de probabilidade), legitima a própria intervenção judicial em políticas públicas, reduz o risco de pronunciamentos judiciais voluntaristas em favor de pretensões individuais (por vezes individualistas), não bastando que seja pautado por citações científicas genéricas ou por apelos argumentativos a princípios gerais.

REFERÊNCIAS

ANDRÉA, Gianfranco Faggin Mastro. *Estado de Coisas Inconstitucional no Brasil.* 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021.

ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (orgs.). *Processos Estruturais*. 3. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: Juspodivm, 2021.

ASTRÊ, Antônio Isac Nunes Cavalcante; NOGUEIRA, Tiago Cordeiro Nogueira. A sustentabilidade e a nova gênese do constitucionalismo no século XXI. In: 16º Seminário Internacional de Governança e Sustentabilidade, 2020, Itajaí. *Anais de Constitucionalismo, Transnacionalidade e Sustentabilidade*, 2020. v. 10.

BERCOVICI, Gilberto; MASSONETTO, Luís Fernando. A Constituição Dirigente Invertida: A Blindagem da Constituição Financeira e a Agonia da Constituição Econômica. *Boletim da Faculdade de Direito - Universidade de Coimbra. Suplemento*. Coimbra, Portugal, v. XLIX, p. 57-77, 2006.

BERCOVICI, Gilberto; SOUZA, Luciano Anderson de. Intervencionismo econômico e Direito Penal Mínimo: uma equação possível. In: OLIVEIRA, William Terra de; LEITE NETO, Pedro Ferreira Leite; ESSADO, Tiago Cintra; SAAD-DINIZ, Eduardo (orgs.). *Direito penal econômico*: Estudos em homenagem aos 75 anos do Professor Klaus Tiedmann. São Paulo: LiberArs, 2013.

BERCOVICI, Gilberto. Estado Intervencionista e Constituição Social no Brasil: O Silêncio Ensurdecedor de um Diálogo de Ausentes. In: SOUZA NETO, Claudio Pereira; SARMENTO, Daniel; BINENBOJM, Gustavo (orgs.). *Vinte Anos da Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

BIRNBACHER, Dieter. Responsibility for future generations – scope and limits. In: TREMMEL, Joerg Chet (coor.). *Handbook of Intergenerational Justice*. Lisboa Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2006.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BOSSELMANN, Klaus. *O Princípio da Sustentabilidade: Transformando Direito e Governança*. Trad. Peillip Gil França. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

BOTELHO, Catarina Santos. Os direitos sociais num contexto de austeridade: um elogio fúnebre ao princípio da proibição do retrocesso social. *ROA*, a. 75, n. 1 e 2, p. 259-293, 2015.

BOTELHO, Catarina Santos. *Os direitos sociais em tempos de crise: ou revisitar as normas programáticas*. Coimbra, Almedina, 2015.

BRANDÃO, Rodrigo. São os Direitos Fundamentais Cláusulas Pétreas? Em que Medida? In: *Direitos Sociais. Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie*. SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel (coord.). Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2010.

BRASIL. Ministério da Saúde. *Contas de saúde na perspectiva da contabilidade internacional: conta SHA para o Brasil, 2015 a 2019* / Ministério da Saúde, Fundação Oswaldo Cruz, Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. – Brasília: IPEA, 2022.

BRASIL. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Judicialização da saúde no Brasil: perfil das demandas, causas e propostas de solução*. Brasília: CNJ, 2019.

BRASIL. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Judicialização e saúde*: ações para acesso à saúde pública de qualidade. Brasília: CNJ, 2021.

BRASIL, Tribunal de Contas da União (TCU). Acórdão 1787/2017, Plenário, TC 009.253/2015-7 de 16/08/2017, disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO:1787%20ANOACORDAO:2017%20COLEGIADO:'Plen%C3%A1rio'/DTRELEVANCIA%20desc,%20NUMACORDAOINT%20desc/0. Acesso em 24 jul 2023.

BRASIL. Tribunal de Contas da União (TCU). RL 014.791/2019-6. Relator: Ministro Benjamin Zymler. Data da sessão: 16/06/2020, p. 49 e 72-73. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/redireciona/acordao-completo/%22ACORDAO-COMPLETO-2406624%22. Acesso em 06 jun 2023.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. O princípio da sustentabilidade como princípio estruturante do Direito Constitucional, *Revista de Estudos Politécnicos*, vol. III, nº 13, 2010.

CAVALCANTE, Denise Lucena. Tributação Ambiental: Por uma Remodelação Ecológica dos Tributos. *Nomos (Fortaleza)*, v. 32.2, p. 101-115, 2012.

CAVALCANTE, Denise Lucena; LIMA, Raimundo Márcio Ribeiro. Ilusão do Pacto Federativo Cooperativo e os Custos dos Direitos Sociais. *Nomos (Fortaleza)*, v. 2015.1, p. 99-120, 2015.

CHEVALLIER, Jacques. *L'État Post-Moderne*, 3e édition, Série Politique. Paris: Librarie Générale de Droit et de Jurisprudence – L.G.D.J., 2008.

CHIEFFI, Ana Luiza; BARATA, Rita Barradas. Judicialização da política pública de assistência farmacêutica e equidade. *Cadernos de Saúde Pública*, v. 25, 2009.

COMPARATO, Fábio Konder. Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, ano 35, n. 138, p. 39-48, abr./jun. 1998.

COPELLI, Giancarlo Montagner; BOLZAN DE MORAIS, José Luis. A necessidade de novos discursos teóricos frente à crise do Estado Social. *Revista Direito, Estado e Sociedade*, Ahead of print, 2020. Disponível em: https://revistades.jur.puc-rio.br/index.php/revistades/article/view/1396/622. Acesso em 01 jun 2023.

COSTA, Susana Henriques da e FERNANDES, Débora Chaves M. Processo Coletivo e Controle Judicial de Políticas Públicas: Relatório Brasil. In: GRINOVER, Ada Pellegrini,

WATANABE, Kazuo e COSTA, Susana Henriques da. *O processo para a solução de conflitos de interesse público*, Salvador: Juspodium, 2017.

CRUZ, Paulo Márcio; BODNAR, Zenildo. O novo paradigma do direito na pós-modernidade. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito*, Porto Alegre, v. 3, n. 1, 2011.

DAHL, Robert. La toma de decisiones em uma democracia: la Corte Suprema como una institución que crea políticas públicas". In: *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, ano 8, nº1, 2007.

DYE, Thomas R. Mapeamento dos modelos de análise de políticas públicas. In: HEIDEMANN, Francisco G.; SALM, José Francisco. *Políticas públicas e desenvolvimento: bases epistemológicas e modelos de análise*. Brasília: UnB, 2009.

FERRAJOLI, Luigi. O Estado de Direito entre o passado e o futuro. In COSTA, Pietro. et al. (orgs). *O Estado de Direito: história, teoria e crítica*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

FERRER, Jorge Garcés; RIGLA, Francisco José Rodenás. Teoría de la sostenibilidad social: aplicación en el âmbito de cuidados de larga duración. *Revista Internacional de Trabajo Social y Bienestar*, nº 01, 2012.

FRANCISCO, José Carlos. Conceitos jurídicos indeterminados científicos e empíricos e limite à interpretação judicial. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais*, v. 31, p. 893-914, 2015.

FREITAS, Juarez; GARCIA, Júlio César Garcia. Evolução conceitual do princípio da sustentabilidade. *Direito Sem Fronteiras*, [S. l.], v. 2, n. 4, 2018.

FREITAS, Juarez. *Sustentabilidade: direito ao futuro*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

GABARDO, Emerson; SOUZA, Pablo Ademir de. O consequencialismo e a LINDB: a cientificidade das previsões quanto às consequências práticas das decisões. *A&C - Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 20, n. 81, p. 97-124, jul./set, 2020, p. 98. Disponível em: http://www.revistaaec.com/index.php/revistaaec/article/view/1452/860. Acesso em: 26 dez 2022.

GARCÍA MURCIA, Joaquín. *La seguridade social em España y la idea de solidariedad*. Oviedo: KRK ediciones, 2017.

GRIMONE, Marcos Ângelo. *O Conceito Jurídico de Direito Sustentável no Brasil*. Curitiba: Juruá, 2011.

HENDES, Carla Evelise Justino. *Os direitos sociais em tempos de crise*: a jurisprudência da crise no Brasil e em Portugal. 2018. 317f. Tese de Doutorado em Direito. Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do SUL, PUCRS, 2018.

HERRERA, Carlos Miguel. Estado, constituição e direitos sociais. *Revista da Faculdade de Direito,* São Paulo, v. 102, p. 371-395, 2007.

HIRSCHL, Ran. *Towards juristocracy*: the origins and consequences of the new constitucionalism.Cambridge: Harvard University Press, 2004.

JAPAN'S CONSTITUTION OF 1946, disponível em https://www.constituteproject.org/constitution/Japan_1946.pdf?lang=en. Acesso em 25 jul 2023.

LEITÃO, Andre Studart; PIERDONÁ, Zélia Luiza; VERAS, André Rodrigues Veras. Desafios à judicialização da Previdência Social: legalidade, microscopismo e pré-julgamento. Nomos (Fortaleza), v. 43, p. 131-152, 2023.

MARQUES, Clarissa. Meio ambiente, solidariedade e futuras gerações. *Nomos (Fortaleza)*, v. 32.2, p. 37-56, 2012.

MEDEIROS JUNIOR, Leonardo. *Processo estrutural consequencialista:* a intervenção judicial em políticas públicas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

MENEZES DE ALMEIDA, Fernando; ZAGO, Mariana. Augusta dos Santos. Controle de políticas públicas pelo poder judiciário: breves ideias a partir do modo de estruturação da jurisdição. In: SUNDFELD, Carlos Ari; ROSILHO, André. (Org.). *Direito da regulação e políticas públicas*. 1ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

MIRANDA, Jorge. O regime dos direitos sociais. *Revista de Informação Legislativa*. Ano 47, n.º 188, out. Dez/2010.

MOURA, Marcelo Oliveira de; BOLZAN DE MORAIS, Jose Luis. O neoliberalismo "eficientista" e as transformações da jurisdição. *Revista Brasileira de Direito*, Passo Fundo, v. 13, n. 1, p. 177-195, mar. 2017.

PIERDONÁ, Zélia Luiza; FRANCISCO, José Carlos; SILVA, Glauco Bresciani. Justiça Intergeracional, Responsabilidade e Sustentabilidade: Consequencialismo em Matéria Trabalhista e Previdenciária. *Revista Direito Mackenzie*, v. 17, p. 1-20, 2023.

POSNER, Richard A. *Direito, pragmatismo e democracia.* Rio de Janeiro: Forense, 2010.

RIBEIRO, Alfredo Rangel. *Direito do Consumo Sustentável*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

RODRIGUES, Valdemar José Correia Barbosa. *Desenvolvimento sustentável: uma introdução crítica.* Lisboa: Principia, 2009.

SALOMÃO FILHO, Calixto. *O Novo Direito Societário - Eficácia e Sustentabilidade.* 5ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2019.

SANTOS, Boaventura de Souza. *Sociología jurídica crítica*: para un nuevo sentido común en el derecho.

SANTOS, Boaventura de Souza. *Para uma revolução democrática da Justiça*. 3ª ed. São Paulo: Cortez, 2011.

SANTOS, Marcos Vinícius Sales dos. *Processos estruturais e implementação negociada de políticas públicas*. 2021. Dissertação de Mestrado em Direito Político e Econômico - Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, 2021.

SARLET, Ingo Wolfgang. Os direitos fundamentais sociais na constituição de 1988. In: PASQUALINI, Alexandre et al. *O direito publico em tempos de crise: estudos em homenagem a Ruy Ruben Ruschel*. Porto Alegre, Livraria do Advogado Editora, 1999.

SILVA, da. Gibson Zucca; CARBONARI, Maria Elisa Ehrhardt; PEREIRA, Adriana Camargo. *Sustentabilidade, Responsabilidade Social e Meio Ambiente.* São Paulo: Saraiva, 2012.

SILVA, Suzana Tavares da. Nota prévia. In: SILVA, Suzana Tavares da; RIBEIRO, Maria de Fátima (coord.). *Trajetórias de Sustentabilidade: tributação e investimento*. Coimbra, Instituto Jurídico da Faculdade de Coimbra, 2013.

SUSTEIN, Cass; HOLMES, Stephen. *The Cos of Rights*. – why liberty depends on taxes. New York: Norton, 2000.

TONNERA JUNIOR, João. *Sustentabilidade(s) e os direitos sociais.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

TREMMEL, Joerg Chet. *A theory of intergenerational justice*. London: Routledge, 2009.

VITORELLI, Edilson. *Processo Civil Estrutural*: Teoria e Prática. Salvador: Editora Jus Podivm, 2021.

WEDY, Gabriel. *Desenvolvimento Sustentável na Era das Mudanças Climáticas - Um Direito Fundamental*. Série IDP. São Paulo: Saraiva, 2018.

CONFLITOS PELAS TERRAS INDÍGENAS NO BRASIL: UM ESTUDO SOBRE A APLICAÇÃO DAS DECISÕES DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS NOS TRIBUNAIS BRASILEIROS

Beatriz Souza Costa [1],
Cristiana Fortini [2],
Jamile Bergamaschine Mata Diz [3]

RESUMO

Os conflitos envolvendo as terras indígenas no Brasil têm sido frequentes, levando à apreciação dos tribunais em quase todo o território brasileiro. A CIDH tem tomado decisões favoráveis a esses povos considerando a terra ocupada por eles como coletiva, comunal ou ancestral, o que lhes garantiria propriedade. Dessa forma, demonstrar-se-á como tem sido as decisões proferidas nos tribunais brasileiros, bem como se tem sido observado, nas suas decisões, as interpretações advindas pela CIDH. Para alcançar o objetivo proposto, utilizou-se da metodologia jurídico-teórica, bem como de um raciocínio dedutivo e pesquisa doutrinária e jurisprudencial. A pesquisa tem como marco teórico algumas decisões proferidas pela CIDH e pelo Supremo Tribunal Federal. Concluiu-se que as decisões brasileiras relativizam os direitos indígenas atinentes ao direito a ocupação de suas terras, bem como a não observância às decisões da Corte Internacional.

Palavras-chave: Corte Interamericana de Direitos Humanos; Povos Indígenas; Terras indígenas; Tribunais brasileiros; Marco Temporal.

CONFLICTS FOR INDIGENOUS LANDS IN BRAZIL: A STUDY ABOUT THE APPLICATION OF INTER-AMERICAN HUMAN RIGHTS COURT IN THE DECISIONS OF BRAZILIAN COURTS

ABSTRAC

Conflicts involving indigenous lands in Brazil have been frequent, leading them to the appreciation of courts throughout Brazil. The IACHR has taken decisions favorable to these peoples, considering the land occupied by these peoples as collective, communal or ancestral, which would guarantee property. In this way, it will be demonstrated how the decisions in Brazilian courts have been, as well as whether the interpretations given by the IACHR have been observed in its decisions. To achieve the proposed objective, legal-theoretical methodology was used, as well as deductive reasoning and doctrinal and jurisprudential

[1] Doutora (2008) e mestre (2003) em Direito Constitucional pela UFMG. Professora do curso de Direito da Escola Superior Dom Helder Câmara. Pesquisadora do Centro de Excelência Europeu Jean Monnet UFMG.
[2] Doutora em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Professora do Mestrado, Doutorado e Graduação da Faculdade de Direito da UFMG. Professora da Faculdade Milton Campos. Visiting Scholar na George Washington University. Professora Visitante na Universidade de Pisa. Presidente do Instituto Brasileiro de Direito Administrativo (IBDA). Atualmente é representante MG do Instituto Brasileiro de Direito Sancionatório (IDASAN) e Diretora em Minas Gerais do Instituto Brasileiro de Estudos da Infraestrutura (IBEJI).
[3] Coordenadora do Centro de Excelência Europeu e da Cátedra Jean Monnet Direito UFMG. Professora da Faculdade de Direito da UFMG. Doutora em Direito Comunitário - Universidad de Alcalá - Espanha. Mestre em Instituciones y Políticas de la UE pela UCJC-Madrid. E-mail: jmatadiz@yahoo.com.br.

research. The research has as theoretical framework some decisions made by the IACHR and the Federal Supreme Court. It was concluded that Brazilian decisions make indigenous rights relative to the right to occupy their lands, as well as non-compliance with the decisions of the International Court.

Keywords: *Inter-American Court of Human Rights; Indian people; Indigenous lands; Brazilian courts; Time Frame.*

INTRODUÇÃO

Os povos indígenas são os mais antigos habitantes do Brasil. Desde a era colonial, quando da ocupação do Brasil pelos europeus, eles têm sofrido as mais diversas agressões e privações de direitos, especialmente por conflitos que envolvem as terras por eles tradicionalmente ocupadas.

As questões relativas aos conflitos de terras são comuns em vários países da América Latina. Neste contexto, diversos casos foram submetidos à apreciação e julgamento pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, devido às dificuldades desses povos de encontrar proteção e reconhecimento nos países que vivem.

No Brasil, desde a promulgação da Constituição de 1988, existe determinação para demarcação das terras desses povos. No entanto, inúmeras são as contendas envolvendo os povos indígenas e não indígenas submetidas ao Poder Judiciário, criando debates sobre o tema. Neste cenário, não há uma pacificação nos julgados em nenhuma das instâncias julgadoras.

A referida decisão, no entanto, não teve o condão de vincular outras decisões nos tribunais do país, o que deu origem às mais diversas decisões. Neste sentido, tendo em vista que o Brasil ratificou a CADH, reconhecendo a competência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, CIDH, caberia ao Poder Judiciário, em todas as suas instâncias, observar, interpretar e aplicar às decisões da Corte Internacional.

Diante desse quadro, o presente trabalho tem por objetivo verificar se o Poder Judiciário brasileiro adotou o entendimento da Corte Interamericana de Direitos Humanos em suas decisões internas para a proteção das terras indígenas, TI's. Por meio de uma análise crítica da jurisprudência brasileira serão apontados os fundamentos em comparação com as da Corte Internacional. Para alcançar o objetivo proposto, a pesquisa utilizou-se da metodologia jurídico-teórica, bem como de um raciocínio dedutivo e pesquisa doutrinária e jurisprudencial.

1. A QUESTÃO DAS TERRAS INDÍGENAS NO BRASIL

Os povos indígenas ocupam regiões do Brasil há cerca de dez mil anos, ou seja, mesmo antes da chegada das embarcações europeias para a colonização das terras brasileiras. Esses povos viviam livremente nesse espaço e obedeciam a normas de condutas e convívio próprias, criadas pelo grupo ao qual pertenciam (JUSTI, PREVE, 2020). Todavia, com a celebração do Tratado de Tordesilhas, os portugueses tomaram

posse das terras brasileiras e deparam-se com esses habitantes, que exploravam a natureza apenas para atender suas necessidades básicas.[4]

No ano de 1500, registra-se que existiam aproximadamente 1400 povos indígenas no território que correspondia ao Brasil do descobrimento[5], com diversidade geográfica e de organização social (OLIVEIRA FILHO; ROCHA FREIRE, 2006). Todavia, a chegada das navegações portuguesas com Pedro Álvares Cabral às terras brasileiras ocasionou, no entanto, o massacre dos povos indígenas. Estima-se à época existência de 3 a 4 milhões de indígenas no Brasil, dentre centenas de povos, falando mais de mil línguas e representando uma das maiores diversidades culturais e linguísticas do mundo. No entanto, passados três séculos, com a vinda da corte portuguesa de Dom João ao Rio de Janeiro, a população brasileira ainda teria 3 milhões de habitantes, porém mais de três quartos dos brasileiros era constituída de brancos de ascendência europeia ou de africanos e seus descendentes. Quanto aos indígenas, foram reduzidos a 20% do seu contingente original, dizimados a aproximadamente 700 mil habitantes (GOMES, 2019).

A violência contra esses povos permanece nos dias atuais. No Brasil os principais conflitos envolvendo indígenas dizem respeito às terras por eles ocupadas, que frequentemente são alvo de conflitos agrários e expropriação. Entretanto, alguns fatores têm alimentado a perda dessas terras, a exemplo da ausência da demarcação de terras pelo Poder Público e ainda as decisões judiciais conflitantes nos tribunais nacionais.

Na legislação brasileira, os direitos dos povos indígenas sobre as terras estão previstos no artigo 231 da Constituição Federal de 1988. O dispositivo constitucional em questão, numa perspectiva protetiva denomina como terras tradicionalmente ocupadas, o seja, "as por eles habitadas em caráter permanente, as utilizadas para suas atividades produtivas, as imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar e as necessárias à sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições" (BRASIL, 1988).

A referida proteção constitucional tem abrangência ampla, uma vez que encerra espectro não apenas no que se refere à ocupação física desses povos na terra, mas alcança as terras essenciais à proteção cultural e à preservação de práticas econômicas e religiosas de cada povo (CUPSINSKI et al., 2017). Nessa perspectiva, a Constituição estabeleceu prazo quinquenal para a demarcação das terras desses povos, entretanto, até os dias atuais não foi cumprido.

A demarcação de terras indígenas pelo Estado contribui para a política de ordenamento fundiário do Governo Federal e dos Entes Federados, tanto para a diminuição de instauração de confrontos pela terra, quanto para auxiliar para que os

[4] As cartas de Pêro Vaz Caminha descreviam a primeira impressão dos portugueses a respeito dos índios brasileiros, atribuindo-lhes inocência e ingenuidade: "A feição deles é serem pardos, um tanto avermelhados, de bons rostos e bons narizes, bem feitos. Andam nus, sem cobertura alguma. Nem fazem mais caso de encobrir ou deixa de encobrir suas vergonhas do que de mostrar a cara" (CAMINHA, 2019, p. 3).

[5] Hoje são conhecidos como yanomami. Já foram denominados Waiká, Guaiká, Xiriana, Xirixana, Xamatari, Pakitai, Parahuri, Guajaribos, Karimé, Yawári (Emiri, 1995, p. 16). "Xiriana" é como eram chamados os Yanomami que vivem no rio Uraricaá (PERRONE-MOISÉS; CASTRO, 2015, p. 71).

Estados e Municípios cumpram suas atribuições constitucionais para com os povos indígenas. A demarcação consiste então em um ato declaratório, emanado pelo Poder Público para reconhecer aos povos indígenas o título originário sobre as terras (WAGNER; FARIAS, 2020).

Segundo dados apurados pelo Conselho Indigenista Missionário (CIMI), das 654 terras indígenas com pendências administrativas para efetivação de demarcação, 348 até hoje não foram regularizadas pelos órgãos do Estado. Assim, 53% dessas terras ocupadas ainda não iniciaram os processos para demarcação. Desse total, constatou-se que 90% estão na Amazônia brasileira (SILVA; PUREZA, 2019)[6].

O CIMI[7], Conselho Indigenista Missionário, investigou nos anos de 2018 e 2019 e publicou em duas oportunidades o "Relatório Violência Contra os Povos Indígenas no Brasil", com relativos à violência sofrida pelos indígenas em razão de suas terras. Nesses dois documentos alertam para as constantes violências contra os povos indígenas com um significativo aumento da grilagem, exploração ilegal da madeira, do garimpo, das invasões e até e implantação de loteamentos em seus territórios tradicionais, evidenciando os riscos à sobrevivência da disputa agressiva por suas terras (CIMI, 2018).

Além disso, contribuem para a situação complexa, a omissão e morosidade para a regularização das terras pelo Poder Púbico. Apurou-se o total de 1.120 casos de violências contra o patrimônio dos povos indígenas no ano de 2019 (CIMI, 2019).

Diante desse cenário de violência contra esses povos, ações judiciais têm sido constantes nos tribunais do país. No Supremo Tribunal Federal, STF, em 2009, com o julgamento do caso envolvendo a demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol (Pet. 3.388/RR), o Tribunal firmou o precedente da teoria do marco temporal. Pela referida tese, as terras que seriam consideradas como tradicionalmente ocupadas por povos indígenas para fins de demarcação, deveria ter como referência a data da promulgação da Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 2009).

Trata-se, entretanto de um precedente judicial, não vinculando as decisões dos tribunais brasileiros e nem mesmo a Administração Pública. Neste sentido, a ministra Carmen Lúcia, na Reclamação 4.708/GO, defende que "O precedente serve, no sistema brasileiro, apenas como elemento judicial orientador, inicialmente, para a solução dos casos postos a exame. É ponto de partida, não ponto de chegada" (BRASIL, 2010, sp).

No entanto, a aplicação da teoria do marco temporal para o reconhecimento do direito às terras indígenas significaria a rejeição de toda violência ocorrida contra esses povos, ao longo dos anos, antes da Constituição de 1988. Para Pegorari (2017), a Constituição é clara e determina sejam consideradas "terras indígenas" aquelas que os

[6] Compreende-se por terras delimitadas aquelas com estudos aprovados pela Presidência da Funai, com a sua conclusão publicada no Diário Oficial da União e do Estado, e que atingiram a fase do contraditório administrativo ou em análise pelo Ministério da Justiça, para decisão sobre expedição de Portaria Declaratória da posse tradicional indígena. As terras declaradas são aquelas que conquistaram a expedição da Portaria Declaratória pelo Ministro da Justiça e por isso podem ser demarcadas fisicamente, com a materialização dos marcos e georreferenciamento. As terras homologadas são aquelas que têm os seus limites materializados e georreferenciados, e sua demarcação administrativa foi homologada por decreto Presidencial. Por fim as terras regularizadas são as terras que com o decreto de homologação foram registradas em Cartório em nome da União e na Secretaria do Patrimônio da União (FUNAI, 2020).

[7] O Cimi é um organismo vinculado à CNBB (Conferência Nacional dos Bispos do Brasil) que, em sua atuação missionária, conferiu um novo sentido ao trabalho da igreja católica junto aos povos indígenas.

indígenas tradicionalmente ocupam, e que nela detém direitos originários, ou seja, que antecedem à própria Constituição de 1988.

Esse entendimento, denominado teoria do Indigenato, foi criado em 1912 por João Mendes Junior, influenciando a doutrina até os dias atuais. Para esse autor considera-se todo o lapso temporal desde o Brasil Colonial, em que esses povos foram explorados, sofreram todo tipo de violência e foram até vítimas de genocídio. Assim, o direito às suas terras seria congênito, inato. Considera-se, então, o direito dos índios às suas terras tradicionalmente ocupadas anterior à própria criação do Estado brasileiro, o que obrigaria o Estado a reconhecê-las e demarcá-las. Da mesma forma, também entende Mendes:

> Bem se compreende que o Legislador não julgou necessário subordinar os índios aldeados, mesmo nos distritos onde existem hordas selvagens, às formalidades da legitimação de sua posse; pois, o fim da lei era mesmo o de reservar terras para os índios que se aldeassem. Mas, nas demandas entre posseiros e indígenas aldeados, se tem pretendido exigir que estes exibam os registros de suas posses. Parece-nos, entretanto que outra é a solução jurídica: Desde que os índios já estavam aldeados com cultura e morada habitual, essas terras por eles ocupadas, se já não fossem deles, também não poderiam ser de posteriores posseiros, visto que estariam devolutas; em qualquer hipótese, suas terras lhes pertenciam em virtude do direito à reserva, fundado no Alvará de 1º de abril de 1680, que não foi revogado, direito esse que jamais poderá ser confundido com uma posse sujeita à legitimação e registro (MENDES JUNIOR, 1912, p. 57).

As decisões nos tribunais brasileiros, entretanto, não têm encontrado pacificação na teoria aplicável em suas decisões sobre a concessão ou não da demarcação das terras indígenas. Diante disso, é necessário pesquisar se existe a aplicação do diálogo das cortes nas decisões pátrias.

Nessa perspectiva, e sendo o Brasil integrante do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, deveria aplicar o entendimento da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

2. DAS TERRAS INDÍGENAS NA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

Em 1969, foi assinado em San José, na Costa Rica, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (CADH), também conhecida como Pacto de San José da Costa Rica, que entrou em vigor em 1978. Para Lins Junior e Lacerda (2017), trata-se do principal documento no sistema interamericano de direitos humanos, uma vez que possui expresso em seu texto um rol de direitos humanos fundamentais, objetivando principalmente a garantia do exercício das liberdades individuais, criada em um contexto em que a América Latina era dominada por governos ditatoriais.

Com previsão de direitos civis e políticos, e obrigações a serem assumidas pelos Estados – parte, a CADH também possui um mecanismo bifásico de supervisão e controle do cumprimento dessas obrigações. Neste mecanismo bifásico, tem-se que num primeiro momento o caso passa pela Comissão Interamericana, para admissibilidade e uma tentativa de solução amistosa, e pelo primeiro informe. Após, se o caso não for resolvido, é encaminhado ao órgão jurisdicional competente e intérprete, qual seja, a Corte Interamericana de Direitos Humanos (CADH, 1969).

Pegorari (2017), afirma que foi no século XXI que a Corte Interamericana de Direitos Humanos trouxe grandes contribuições para as causas envolvendo as terras indígenas, não obstante a Convenção não possuir artigo específico sobre o tema. Dessa forma, a Corte utiliza-se de uma análise interpretativa evolutiva o artigo 29, b, da Convenção Americana, 31 da Convenção de Viena, aceitando a incidência de outros tratados internacionais que reconhecem este direito, a exemplo da convenção n. 169 da Organização Internacional do Trabalho - OIT, que em seu artigo 14.125, para reconhecimento do direito às terras tradicionalmente ocupadas pelos índios (LINS JUNIOR; LACERDA, 2017).

Para Rinaldi (2012), apesar da América Latina ter passado por várias reformas constitucionais como objetivo de reconhecer a existência das comunidades tradicionais, especialmente no século XX, essas reformas estão carentes de efetividade. Diante dessa realidade, em que as leis dos países latino-americanos são favoráveis, muitas vezes apenas no papel é que os casos são frequentemente submetidos à apreciação do Sistema Interamericano.

O primeiro caso analisado pela Corte envolvendo a demarcação de terras ocupadas pelos indígenas foi caso o Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicarágua, em 2001. Além de não ter demarcado as terras, a Nicarágua não tomou medidas para assegurar o direito de propriedade das terras ancestrais e recursos naturais daquela comunidade, e ainda, outorgado uma concessão para exploração de madeira à uma empresa sem o consentimento da comunidade Mayagna (Sumo) Awas Tingni (CIDH, 2001).

Na decisão, a Corte determina que o Estado da Nicarágua deve adotar as medidas legislativas, administrativas e de qualquer outro caráter para proceder à delimitação, demarcação e titulação das propriedades das comunidades indígenas, conforme seu direito consuetudinário, valores, usos e costumes, no prazo máximo de 15 meses. Além disso, também a condenação a título de danos imateriais e materiais tendo em vista os gastos e custas para ingressarem com o pedido na Corte. Loureiro (2012) afirma que esta foi a primeira vez que a Corte Interamericana aprofundou a análise da matéria relativa a uma interpretação integral da cosmovisão indígena como ponto central da decisão, passando a ser paradigma para os casos de povos indígenas e tribais julgados posteriormente.

Nos fundamentos da decisão a Corte consigna que o artigo 21 da Convenção Americana protege o direito à propriedade em um sentido que compreende, também, os direitos dos membros das comunidades indígenas à propriedade comunal, conforme a seguir:

> [...] Os indígenas pelo fato de sua própria existência têm direito a viver livremente em seus próprios territórios; a relação próxima que os indígenas mantêm com a terra deve de ser reconhecida e compreendida como a base fundamental de suas culturas, sua vida espiritual, sua integridade e sua sobrevivência econômica. Para as comunidades indígenas a relação com a terra não é meramente uma questão de posse e produção, mas sim um elemento material e espiritual do qual devem gozar plenamente, inclusive para preservar seu legado cultural e transmiti-lo às futuras gerações (CIDH, 2001).

Após, e no mesmo sentido foram as decisões na trilogia de casos envolvendo o Chaco Paraguaio. Em 2005, a Corte julgou o caso da Comunidade indígena Yakye Axa Vs. Paraguai. Neste caso, apurou-se que os índios começaram a deixar as terras no final do século XIX. Assim, grandes extensões de terra do Chaco Paraguaio foram vendidas por meio da bolsa de valores de Londres, e como consequência da aquisição destas terras por parte de empresários britânicos, várias missões da igreja anglicana começaram a se instalar na região, com o objetivo de evangelização e pacificação desses povos (CIDH, 2005).

Com o passar dos anos os membros dessa comunidade perderam grande parte de suas terras e dos recursos naturais para sua subsistência. Logo, passaram a viver em condições de miséria extrema.

Esses indígenas encontravam-se em um assentamento precário, a espera de uma decisão sobre suas reivindicações com dificuldades para obter alimento, uma vez que o local não disponibilizava de condições adequadas para o cultivo nem para a prática de suas atividades tradicionais de subsistência, tais como caça, pesca e coleta. Além disso, a Comunidade Yakye Axa não tinha acesso a serviços básicos mínimos, como a água potável e serviços sanitários (CIDH, 2005).

A Corte então condenou ao Estado do Paraguai à demarcação das terras da Comunidade Yakye Axa, independentemente do longo tempo que esses povos, estiveram afastados da mesma, sendo o critério fundamental para a sua decisão a relação espiritual e material que esses povos têm com as terras. Nesse sentido assinala Cinelli:

> la Corte aclara que la posesión de las tierras por parte de los indígenas no es un requisito para acceder al reconocimiento oficial de propiedad sobra las mismas, cuando la legislación nacional confiere el derecho a solicitar que le se devuelva sus tierras tradicionales (en el caso concreto, la legislación paraguaya reconoce este derecho). En segundo lugar, la Corte aborda la cuestión si el derecho de recuperación de tierras tradicionales permanece indefinidamente en el tiempo. La Corte resuelve la cuestión tomando como criterio fundamental la base espiritual y material de la identidad de los pueblos indígenas en relación con sus tierras tradicionales y afirma que"mientras que esta relación exista, el derecho a la reivindicación permanecerá vigente" 70 (en el caso concreto, la Corte considera que el

> derecho la Sawhoyamaxa a reivindicar su territorio no se ha caducado) (CINELLI, 2006, p. 75).

Em 2006, o Paraguai novamente é submetido à Corte pela Comunidade Sawhoyamaxa, que habitava em grandes extensões de terra do Chaco paraguaio. Essas terras, no final do século XIX foram adquiridas por meio da Bolsa de Valores de Londres por empresários Britânicos em decorrência da dívida do Paraguai após a chamada Guerra da Tripla aliança.

A divisão e venda desses territórios foi realizada sem o conhecimento da comunidade indígena que ali habitava. Dessa forma, foram instaladas várias missões advindas da Igreja Anglicana.

Nesse processo, foram construídas fazendas, ocasião em que os indígenas se tornaram empregados dos proprietários. Ao perderem as terras, os índios dependiam cada vez mais do salário e do trabalho, vez que não podiam mais manter a sobrevivência pelos recursos oriundos da natureza.

Na decisão do caso, a Corte entendeu que o Estado deveria restituir as terras à comunidade indígena Sawhoyamaxa, pois se tratavam de seu habitat natural. No entanto, tendo em vista que se encontravam sob o domínio privado, o Estado deveria comprá-las ou até desapropriá-las. Em última hipótese, e por motivos objetivos e bem fundamentados se não conseguir restituir essas terras, deve o Estado entregar-lhes terras alternativas, eleitas de forma consensual com a comunidade indígena conforme suas necessidades, valores, usos e costumes (CIDH, 2006).

Em 2010, também contra o Paraguai, foi julgado o Caso da Comunidade Indígena Xákmok Kásek, em sentido semelhante. Trata-se de uma comunidade indígena que antes da colonização Espanhola da região do Chaco viviam em pequenas comunidades, utilizando-se basicamente da pesca, caça e coleta para a subsistência. No entanto, entre os anos de 1885 e 1887, o Estado vendeu dois terços do Chaco na bolsa de valores de Londres para financiar a dívida do Paraguai depois da chamada Guerra da Tríplice Aliança. A divisão e venda desses territórios foi realizada com desconhecimento da população que os habitava, que nesse contexto era exclusivamente indígena. Nos últimos dois séculos essas terras foram ocupadas por empresários e pecuaristas para atividades agropecuárias, cultivo e exploração de madeira, além de várias missões religiosas que se assentaram na região para "cristianizar" os indígenas (CIDH, 2010).

Em sua decisão a Corte entendeu que os institutos "posse" e "propriedade", nas comunidades indígenas, têm conceitos com amplitude coletiva. Isso ocorre porque a propriedade não diz respeito a um indivíduo, mas a um grupo ou comunidade, portanto merecedora da proteção prevista no artigo 21 da CADH. Nesse sentido, determinou que o Estado demarcasse, delimitasse as terras da Comunidade Indígena Xákmok Kásek de acordo com seu direito consuetudinário, valores, usos e costumes. Ordenou também que implementasse medidas necessárias para proteger o habitat reclamado pela referida Comunidade, enquanto não fosse realizada a delimitação, demarcação e titulação do território ancestral para evitar danos imediatos e irreparáveis resultantes das atividades de terceiros (CIDH, 2010).

As decisões da Corte têm reconhecido, então, uma realidade que existia antes da colonização do continente americano, como interesses legítimos e históricos dos habitantes primitivos da América e seus sucessores. Assim, as culturas indígenas e seus sistemas de propriedade ancestrais, independem do reconhecimento do Estado, porque esse direito encontra-se também no sistema consuetudinário de posse da terra que tradicionalmente existia entre as comunidades (RINALDI, 2012). Nesse sentido,

> La costumbre es el criterio fundamental para determinar el derecho a la propiedad colectiva de los pueblos indígenas. El principio que rige esta afirmación es "el principio de la inherencia de los derechos indígenas. Es decir que los pueblos indígenas, en virtud de su preexistencia originaria, y de su continuidad social y cultural en los Estados contemporáneos, poseen una situación especial, una condición inherente que es fundamento jurídico de derechos"24. Y entre los derechos en los que se observa con más claridad esta situación especial se encuentra el derecho de propiedad, que no sería así considerado como una mera concesión del Estado (CINELLI, 2006, p. 63-64).

Sales, Lima e Alencar (2020) alertam que a Corte, em suas decisões, tem entendido que este direito de propriedade não é absoluto. Ele encontra óbices previstos no próprio artigo 21 da CADH, que a impossibilita desde que a restrição esteja previamente estabelecida em lei; que esta seja necessária e proporcional; e que tenha por finalidade alcançar um objetivo legítimo para a sociedade democrática. Por outro lado, a Corte adverte que os Estados devem garantir à essas comunidades o acesso à justiça, seja pela via administrativa ou judicial para a proteção sobre os direitos ao seu território e acesso aos recursos naturais. Assim, entende Fernandez:

> En forma sistemática, la CorteIDH ha sostenido que los Estados deben garantizar vías administrativas y judiciales adecuadas para que las comunidades indígenas y tribales peticionen y eventualmente obtengan el reconocimiento de los derechos territoriales y sobre recursos naturales, que reclaman. Este recurso debe ser efectivo y permitir la resolución de la petición en un plazo razonable, pues de otro modo se consideraría incumplido por el Estado su obligación de garantizar el debido proceso legal y el principio de tutela judicial efectiva (FERNANDÈZ, 2018).

Com relação ao Brasil, em 2018, foi julgado e condenado pela CIDH no caso envolvendo o Povo Indígena Xucuru. Na demanda submetida à CIDH, impetrada pelo Movimento Nacional de Direitos Humanos/ Regional Nordeste, Gabinete de Assessoria Jurídica das Organizações Populares (Gajop) e Conselho Indigenista Missionário (Cimi), além da Justiça Global, alegou-se uma demora de mais de 16 anos (1989-2005) no processo administrativo de reconhecimento, titulação, demarcação e delimitação de suas terras e territórios ancestrais. O processo de demarcação foi caracterizado por conflitos entre particulares e os Xucurus (CIDH, 2018).

O povo Xucuru habita a Serra do Orubá, em Pernambuco. Os primeiros registros sobre eles datam do século XVI. Ao longo do tempo, desde a colonização do Brasil sofreram expropriação de suas terras, que foram ocupadas por fazendas. Atualmente, eles são constituídos por 2.354 famílias, sendo que 2.265 vivem em casas. Ao total, dentro de seu território, vivem 7.726 indígenas, distribuídos em 24 comunidades dentro

de um território de aproximadamente 27.555 hectares, no município de Pesqueira, estado de Pernambuco. Todavia, apura-se que aproximadamente 4.000 indígenas vivem fora da referida terra indígena (CIDH, 2018).

A CIDH em decisão firmou o entendimento de que o reconhecimento da propriedade indígena não se fundamenta na certificação e validação oficial do Estado. Assim, o referido reconhecimento se constitui na comprovação do uso tradicional e posse das terras e recursos, sendo o ato de demarcação utilizado apenas para segurança jurídica da propriedade comunal e afirmou a responsabilidade internacional brasileira pela demora. Diante dessa fundamentação, a CIDH determinou que o Estado brasileiro garantisse o exercício imediato e efetivo do direito de propriedade do povo Xucuru, executando a retirada dos não indígenas das terras, mediante o pagamento de indenizações pendentes aos particulares. Ainda nesse sentido, impôs o pagamento de indenizações por danos causados ao povo Xucurú pela a demora em demarcar terras, fixada em 1 milhão de dólares (CIDH, 2018).

Diante da tardia, mas efetiva vinculação do Estado brasileiro às obrigações previstas na Convenção Americana sobre Direitos Humanos em 1992 com a sua ratificação, este se comprometeu, internacionalmente a respeitar e cumprir as decisões oriundas da atividade jurisdicional da Corte Interamericana de Direitos Humanos. No tópico seguinte será analisado se as decisões dos tribunais superiores têm cumprido essas determinações internacionais.

3. DA APLICAÇÃO DA TEORIA DO DIÁLOGO DAS CORTES NO BRASIL

Os tribunais internacionais e o Direito Internacional dos Direitos Humanos têm construído um sistema de proteção aos indivíduos e aos grupos em situação de vulnerabilidade desde o final da Segunda Guerra Mundial. Nesse sistema, foram publicadas inúmeras normas, tanto costumeiras como positivadas, de origem convencional. Portanto, caso ocorram violações, estas são direcionadas para análise de órgãos de natureza administrativa, vinculados a organizações internacionais ou previstos nos próprios tratados internacionais, bem como Tribunais internacionais com jurisdição global, como a Corte Internacional de Justiça e Tribunal Penal Internacional. No âmbito regional encontram-se ainda às Cortes Europeia e Interamericana de Direitos Humanos e Tribunal Africano dos Direitos do Homem e dos Povos.

Não obstante à tardia vinculação do Estado brasileiro às obrigações previstas na Convenção Americana sobre direitos humanos em 1992, durante 6 anos, mesmo com a ratificação, este não se manifestou sobre a aceitação de sua supervisão judicial. Assim, somente em 1998 o Brasil comprometeu-se internacionalmente, reconhecer a competência contenciosa da Corte Interamericana de Direitos Humanos em todos os casos que dizem respeito à interpretação e aplicação da Convenção, nos termos do seu artigo 62. Por esse motivo, no que se refere às consequências para o estado brasileiro, tem-se que as decisões da CIDH serão hábeis para vinculação e responsabilização do mesmo por eventual violação de Direitos Humanos prevista na CADH e pelos seus atos, seja a conduta omissiva ou comissiva. Além disso, o Brasil deverá observar e cumprir internamente os direitos humanos previstos na CADH na mesma direção interpretativa da Corte, sob pena de ser responsabilizado internacionalmente (PERGORARI, 2017).

Dentro desse contexto, verifica-se que o Supremo Tribunal Federal julgou algumas questões envolvendo terras indígenas. No caso Raposa do sol, a Corte suprema julgou a questão da demarcação de terras indígenas localizadas nos municípios de Normandia, Pacaraima e Uiramutã, no Estado de Roraima, medindo cerca de 1,7 milhões de hectares, que abriga 194 comunidades com uma população de cerca de 19 mil índios dos povos Macuxi, Taurepang, Patamona, Ingaricó e Wapichana. No caso em questão, em 2005, foi assinado um decreto pelo presidente Luiz Inácio Lula da Silva, homologando a Portaria nº 534, do Ministério da Justiça, demarcando as referidas terras. No entanto, quando a União, por meio da Funai iniciou o relatório de identificação da terra para fins de demarcação, produtores de arroz advindos do sul do país, começaram a contestar judicialmente alegando possuir títulos que lhe garantiam a posse das terras (BRASIL, 2009).

Na decisão, o voto de relatoria do Ministro Carlos Ayres Britto foi reconhecido, pelo pleno do STF, a legalidade do processo administrativo da demarcação das terras, trazendo interpretações inovadoras do art. 231 da Constituição Federal de 1988, consagrando neste a Teoria do Marco Temporal, apresentando 19 condicionantes para que houvesse a referida demarcação (BRASIL, 2009). Para Libois e Silva (2021) as referidas condicionantes seriam preconceituosas e contrária aos direitos indígenas, além de terem sido criadas sem que qualquer parte do processo fizesse pedido específico sobre elas e nem sobre o marco temporal.

Verifica-se então que a tese do marco temporal condiciona a demarcação de terras indígenas à efetiva ocupação na data da promulgação da Constituição Federal, qual seja, 05 de outubro de 1988. A decisão da Suprema Corte então desconsidera a construção gradual dos julgados da CIDH, que privilegia a ancestralidade e historicidade das terras indígenas e lhes garantindo a posse independente de um marco temporal, haja vista considerarem que essas terras nunca deixaram de lhes pertencer. Trata-se, dessa forma, de violação à CIDH, a qual o Brasil comprometeu-se a observar.

Para Silva (2020) a decisão da Corte é espúria, decidindo a favor dos usurpadores não índios. Os dispositivos constitucionais nada mais são do que a consagração da tese do indigenato, com raízes desde os tempos de colonização. Assim sendo, a relação das terras indígenas não se trata da simples relação de posse do direito civil, mas da *possessio ab origine* que estava na consciência do antigo povo. Versa-se de uma concepção de terra habitada, segundo os usos costumes, e tradições dos índios produzindo a ideia de permanência, o que se encontra assegurado pela norma constitucional.

Apesar da repercussão do caso "Raposa do Sol" (Pet. Nº3.388/RR), a decisão não possui efeito vinculante. Nos embargos declaratórios interpostos na referida ação o Ministro Luís Roberto Barroso decide que a decisão não vincula juízes e tribunais em outros processos relativos a outras terras indígenas.

Por outro lado, o Recurso Extraordinário n. 1.017.365/SC interposto pela Fundação Nacional do Índio – Funai, no qual pleiteia a reintegração de posse declarada como área tradicional dos índios Xokleng, localizada em parte da Reserva Biológica do Sassafrás, no Estado de Santa Catarina, em que o Tribunal Regional Federal da 4ª

Região, que manteve sentença proferida pelo Juízo da Vara Federal de Mafra – Seção Judiciária de Santa Catarina, teve repercussão geral reconhecida, por unanimidade, pelo Supremo Tribunal Federal. No referido caso, foi julgada procedente ação de reintegração de posse ajuizada pela Fundação de Amparo Tecnológico ao Meio Ambiente – Fatma contra indígenas da etnia Xokleng, a Fundação Nacional do Índio – Funai e a União. A Corte reconhece a importância de uma definição dos casos referentes às terras indígenas, conforme a seguir:

> "[...] CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. POSSE INDÍGENA. TERRA OCUPADA TRADICIONALMENTE POR COMUNIDADE INDÍGENA. POSSIBILIDADES HERMENÊNTICAS DO ARTIGO 231 DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. TUTELA CONSTITUCIONAL DO DIREITO FUNDAMENTAL INDÍGENA ÀS TERRAS DE OCUPAÇÃO TRADICIONAL. 1. É dotada de repercussão geral a questão constitucional referente à definição do estatuto jurídico constitucional das relações de posse das áreas de tradicional ocupação indígena à luz das regras dispostas no artigo 231 do texto constitucional. 2. Repercussão geral da questão constitucional reconhecida". (BRASIL, 2019).

Sobre o caso dos índios Xokleng, o Tribunal Regional privilegiou o regramento civilista confirmando a decisão de primeiro grau. Nessa decisão, o juízo entendeu que a Fatma comprovou a propriedade das glebas ocupadas pelos indígenas e o efetivo exercício da posse sobre a área, para fins de preservação ambiental.

Evidencia-se, portanto, a teoria do marco temporal, aplicada nos tribunais inferiores, que desconsideram, mais uma vez o entendimento da CIDH, no que concerne à historicidade, e os aspectos culturais que dão tratamento diferenciado às terras ocupadas por esses povos.

A Procuradora-Geral da República, Raquel Dogde, emitiu o parecer N.º 235/2019 sobre o caso, afirma que a utilização pelo judiciário de forma geral e irrestrita da teoria do marco temporal não é compatível com as disposições constitucionais referentes às terras indígenas, uma vez que os direitos originários garantidos aos índios às suas terras por meio da Constituição Federal de 1988, apenas concedem à União natureza declaratória ao demarcar suas as terras desses povos (BRASIL, 2019).

Empiricamente, alertam Alfinito e Amado (2018) que após a teoria do marco temporal, firmada pelo Supremo Tribunal Federal, as decisões judiciais de instâncias inferiores, a partir de 2010, passaram a ser proferidas com uma análise sucinta da situação de fato a partir da promulgação da Constituição de 1988. Tal análise passou a ser corriqueira nos tribunais, suspendendo demarcações, ordenando reintegrações, tudo em desfavor dos povos indígenas. Para Piffer e Fontela:

> A polêmica da lacuna de tese vinculativa para aplicação da demarcação de terras indígenas, resulta em inúmeros casos de violência, frente à omissão estatal para com esses povos. Os Tribunais que vêm utilizando como parâmetro às suas decisões, quase que discricionariamente, a tese do marco temporal utilizada no Caso Raposa Serra do Sol, ainda que sua vinculação tenha sido fortemente rechaçada pela Corte à época (PIFFER; FONTELA, 2020, p. 10).

Em uma pesquisa realizada nos tribunais do Rio Grande do Sul, Santa Catarina e Paraná, envolvendo litígios sobre terras indígenas, no período de 1º de janeiro de 2010 a 1º de janeiro de 2020, Miranda e Calça (2021) afirmam que dentre 41 processos, dois terços das decisões foram favoráveis aos não indígenas, enquanto apenas um terço favorecia aos povos originários. Destas decisões, a tese do marco temporal foi utilizada para fundamentar 20% das decisões.

Para Silva (2020) quando o texto constitucional determina que as terras ocupadas pelos povos tradicionais se destinam para a sua posse permanente, não significa que o elemento "passado" seja observado como uma ocupação efetiva, mas assegura uma garantia para o futuro na medida em que essas terras são inalienáveis e indisponíveis, destinadas então para sempre como seu habitat.

No mesmo raciocínio, Loureiro (2017) afirma que o marco histórico deve reconhecer e utilizar como parâmetro o holocausto das guerras justas e a colonização, que ocasionaram tanto o extermínio físico, como o extermínio da identidade cultural dos índios. Dessa forma, seria necessário utilizar-se de uma fundamentação à frente da norma reconhecendo as comunidades indígenas como sujeitos de direito internacional dos direitos humanos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Constituição da República Federativo do Brasil de 1988 ao estabelecer que as terras dos povos tradicionais são direitos originários, e mais consagrando sua historicidade e cultura atrelados à propriedade, tem ocasionado debates em todas as instâncias judiciais que envolvem conflitos referentes à essas terras.

O Supremo Tribunal Federal no julgamento do caso "Raposa do Sol", em 2009, decidiu utilizando da tese jurídica da Teoria do Marco Temporal, no sentido de que o direito à demarcação das terras indígenas deveria ter como referência temporal à ocupação desses povos desde a promulgação da Constituição de 1988 para a sua concessão. A referida tese opõe-se à teoria do indigenato e às frequentes decisões da CIDH, que valoriza aspectos históricos e culturais, não tendo como ponto de partida o marco temporal.

A teoria adotada pelo Supremo Tribunal Federal no caso Raposa do Sol, além de contrariar o entendimento da CIDH, relativiza toda a história de violência e extermínio físico, cultural e material sofrido pelos povos indígenas. A judicialização das demandas concernentes às terras por eles tradicionalmente ocupadas tenta resgatar o prejuízo causado a esses povos desde o período colonial, que muitas vezes vive hoje à margem da sociedade, e desrespeito à dignidade humana.

De outro giro, o Brasil, a CADH e reconheceram a competência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, devendo, portanto, o Poder Judiciário Brasileiro em qualquer de suas instâncias interpretá-la e aplicá-la. Neste sentido, a CIDH reconhece o direito de propriedade dos povos indígenas, como um direito de natureza coletiva ou comunal. Assegura a Corte que se trata de direito humano fundamental,

devendo os Estados adotarem todas as medidas necessárias para delimitar e demarcar estes territórios, tendo em vista a historicidade, tradicionalidade e cultura com base em padrões ancestrais.

Verifica-se, entretanto, que as decisões judiciais têm seguido a orientação do marco temporal, ou ainda, as normas comuns referentes à posse e propriedade regulamentadas pelo Código Civil Brasileiro, ocasionando muitas vezes, a perda do direito às terras pelos povos originários.

Conclui-se que os tribunais brasileiros deveriam adotar o posicionamento da Corte Internacional, juntamente com o dispositivo constitucional no artigo 231. Dessa forma seriam reconhecidos aos índios as terras que tradicionalmente ocupam, considera-se que são direitos instituídos e existentes antes da Constituição Federal de 1988. Esta interpretação privilegiaria a história desses povos, primeiros habitantes das terras brasileiras e que têm uma relação com a terra e com o meio ambiente, e cosmovisão distinta. Não se trata portanto, o texto constitucional de uma proteção transitória, ou a partir dele admitida, mas sim de um reconhecimento histórico, desde a era colonial.

REFERENCIAS

ALFINITO, Ana Carolina; AMADO, Luiz Henrique Eloy. A aplicação do marco temporal pelo Poder Judiciário e seus impactos sobre os direitos territoriais do Povo Terena. **Revista OAB/RJ**, Editorial Edição Semestral – V. 31 – Nº 1. Rio de Janeiro, 2018. Disponível em: https://revistaeletronica.oabrj.org.br/?artigo=a-aplicacao-do-marco-temporal-pelo-poder-judiciario-e-seus-impactos-sobre-os-direitos-territoriais-do-povo-terena. Acesso em 08 de maio de 2022.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, 5 de outubro de 1988. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 01 mai. 2022.

BRASIL. **Procuradoria Geral da República**. MPF. Parecer N.º 235/2019 – SDHDC/GABPGR. Disponível em: http://www.mpf.mp.br/pgr/documentos/RE%201017365-Tema-1031-parecer%20-%20posse%20indigena%20-MARCO%20TEMPORAL.pdf/view. p. 18. Acesso em: 11 de maio 2022.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Agravo Regimental na reclamação n. 4.708. data julgamento 2011 voto do Relator :Carmem Lúcia . Data da julgamento 2013 Disponivel: http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=622759. Acesso 08 maio 2022.

CAMINHA, Pero Vaz de. **A carta de Pero Vaz de Caminha**. São Paulo: Vozes, 2019.

CIMI. Conselho Indigenista Missionário. **Homologação de Terras Indígenas por gestão presidencial.** Disponível em: https://cimi.org.br/terras-indigenas/. Acesso em 01 de maio de 2022.

CIMI. Conselho Indigenista Missionário. **Relatório Violência Contra os Povos Indígenas no Brasil – dados de 2018.** Brasil, 2019. Disponível em: https://cimi.org.br/wp-content/uploads/2019/09/relatorio-violencia-contra-os-povos-indigenas-brasil-2018.pdf. Acesso em: 01 maio de 2022.

CIMI. Conselho Indigenista Missionário. **Relatório Violência contra os Povos Indígenas no Brasil – dados de 2019.** Brasil, 2020. Disponível em: https://cimi.org.br/2020/09/em-2019-terras-indigenas-invadidas-modo-ostensivo-brasil/. Acesso em 01 de maio de 2022.

CINELLI, Claudia. La dimensión colectiva del derecho a la propiedad de la tierra. **Breve recensión sobre la jurisprudencia de la Corte Interamericana.** Disponível em: http://www. portalfio. org/inicio/repositorio/CUADERNOS/CUADERNO3/Derecho% 20a% 20la% 20Propiedad% 20de% 20la% 20Tierra. pdf, 2006. Acesso em 02 de maio de 2022.

Convenção Americana de Direitos Humanos ("Pacto de San José de Costa Rica"). Costa Rica, 1969. Disponível em: http://www.cidh.org/Basicos/Portugues/c.Convencao_Americana.htm. Acesso em 02 de maio de 2022.

CUPSINSKI, Adelar; et. al.. Terra tradicionalmente ocupada, Direito originário e a inconstitucionalidade do Marco Temporal. Brasília: CIMI, 2017. Disponível em: https://cimi.org.br/2017/01/39202/. Acesso em: 01 maio 2022.

FERNÁNDEZ, Juan Carlos. La propiedad comunitaria indígena como un bien colectivo. In: **IV Curso del Ciclo de Cursos de Posgrado sobre Derecho Agrario y Ambiental Internacional y Jornada Internacional CUIA-UNLP sobre Recursos Hídricos (La Plata, 2018)**. 2018. Disponível em: http://sedici.unlp.edu.ar/handle/10915/68635. Acesso em 02 de abril de 2022.

FUNAI. Fundação Nacional do Índio. 2020. **Terras indígenas.** Disponível em: http://www.funai.gov.br/index.php/indios-no-brasil/terras-indigenas#:~:text=Homologadas%3A%20Terras%20que%20possuem%20os,Secretaria%20do%20Patrim%C3%B4nio%20da%20Uni%C3%A3o. acesso em 29 set. 2022.

GOMES, Laurentino. **Escravidão**. Do primeiro leilão de cativos em Portugal até a morte de Zumbi dos Palmares. Vol. 1. 1ª ed. Rio de Janeiro: Globo livros, 2019.

JUSTI, Pedro Luis Locks; PREVE, Daniel Ribeiro. O processo de demarcação das terras tradicionais indígenas na região sul do Brasil: Uma análise dos obstáculos jurídicos e políticos.

Meritum, **Revista de Direito da Universidade FUMEC**, v. 15, n. 1, 2020. Disponível em: http://www.fumec.br/revistas/meritum/article/view/7786. Acesso 01 maio de 2022.

LINS JÚNIOR, George Sarmento; LACERDA, Danilo Moura. O direito de propriedade na Convenção Americana de Direitos Humanos e a superação da condição do marco temporal da posse indígena criada pelo STF no caso "Raposa Serra do Sol". **Revista Direito & Paz**, v. 2, n. 37, p. 253-272, 2017. Disponível em: http://www.revista.unisal.br/lo/index.php/direitoepaz/article/view/728. Acesso em 02 de maio de 2022.

LOUREIRO, Silvia Maria da Silveira. O reconhecimento pela Corte Interamericana de Direitos Humanos das vítimas coletivas como sujeitos do Direito Internacional: análise da evolução jurisprudencial em casos de reclamos territoriais dos povos indígenas. **Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos**, v. 12, n. 12, 2012. Disponível em: http://revista.ibdh.org.br/index.php/ibdh/article/view/224/224. Acesso em 03 de maio de 2022.

MENDES JÚNIOR, João. **Os Indígenas do Brazil seus Direitos Individuais e Políticos**, SP, Typ. Hennies Irmãos, 1912.

MIRANDA, João Paulo Rocha de; CALÇA, Katia Gobatti. A natureza jurídica das terras tradicionalmente ocupadas por índios e a tese do marco temporal da ocupação nas decisões judiciais no Rio Grande do Sul na segunda década do século XXI. **Revista de Direito Público Contemporâneo**, v. 1, n. 1, 2021. Disponível em: http://www.rdpc.com.br/index.php/rdpc/article/view/127. Acesso em 04 de maio de 2022.

OLIVEIRA FILHO, João Pacheco de; ROCHA FREIRE, Carlos Augusto da. **A presença indígena na formação do Brasil**. UNESCO, 2006.

PEGORARI, Bruno. A tese do "marco temporal da ocupação" como interpretação restritiva do direito à terra dos povos indígenas no Brasil: um olhar sob a perspectiva da Corte Interamericana de Direitos Humanos. **ARACÊ–Direitos Humanos em Revista**, v. 4, n. 5, p. 242-262, 2017. Disponível em: https://arace.emnuvens.com.br/arace/article/view/144/79. Acesso em 01 de maio de 2022.

PIFFER; Carla, FONTELA, Irlana Flores. "A vulnerabilidade dos povos indígenas frente à carência de políticas para demarcação de terras: Análise jurídica a partir do recurso extraordinário nº. 1.017. 365/SC." **Revista da UNIFEBE 1.24 (2020): 15**. Disponível em: https://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/756-2023-1-pb.pdf. Acesso em 08 de maio de 2022.

PIRES, Nayara Rodrigues. O INDÍGENA E SEUS DIREITOS AMEAÇADOS POR DECLARAÇÕES DE UM PRESIDENTE. **Humanidades & Inovação**, v. 7, n. 4, p. 48-54, 2020. Disponível em: https://revista.unitins.br/index.php/humanidadeseinovacao/article/view/1757. Acesso em: 01 de maio de 2022.

RINALDI, Karine. Casos pueblo Saramaka y pueblo indígena Kichwa de Sarayaku: ¿un paso atrás en cuanto al fundamento de los derechos de las sociedades tradicionales? **Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos**, v. 12, n. 12, p. 243-256, 2012. Disponível em: http://revista.ibdh.org.br/index.php/ibdh/article/view/216/216. Acesso em 03 de maio 2022.

SALES, Ana Paula Correa de; LIMA, Mágna Suyanne; DE ALENCAR, Wladimir Cerveira. O ativismo da Corte Interamericana de Direitos Humanos na Proteção do Meio Ambiente adequado: Uma via reflexa e indireta. **Parecerista**, p. 8, 2020. Disponível em: http://www.simonsen.br/revista-digital/wp-content/uploads/2020/12/EDI%C3%87%C3%83O-131.pdf#page=8. Acesso em 02 de maio 2022.

SILVA, Gustavo; PUREZA, Marcelo Gaudêncio Brito. A demarcação de terras indígenas na Amazônia Legal. **Revista NUPEM**, v. 11, n. 22, p. 43-53, 2019. Disponível em: http://revistanupem.unespar.edu.br/index.php/nupem/article/view/608. Acesso em 01 de maio de 2022.

WAGNER, Daize Fernanda; DE FARIAS, Aline Suzana Figueira. A DEMARCAÇÃO DE TERRAS INDÍGENAS E A SEGURANÇA JURÍDICA. **Veredas do Direito: Direito Ambiental e Desenvolvimento Sustentável**, v. 17, n. 38, p. 375-404, 2020. Disponível em: http://revista.domhelder.edu.br/index.php/veredas/article/view/1780. Acesso em: 01 de maio de 2022.

LIBOIS, R. D.; SILVA, R. J. da . Marco temporal, Supremo Tribunal Federal e direitos dos povos indígenas: um retrocesso anunciado. **PerCursos**, Florianópolis, v. 22, n. 48, p. 399 - 429, 2021. DOI: 10.5965/1984724622482021399. Disponível em: https://www.revistas.udesc.br/index.php/percursos/article/view/19147. Acesso em: 24 out. 2022.

ORÇAMENTO SENSÍVEL AO GÊNERO: UMA FERRAMENTA PARA O DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL E EQUIDADE

Tatiana Cristina Leite Aguiar [1],
Maria Edelvacy Marinho [2],
Camilo Onoda Caldas [3]

RESUMO

Por meio de uma pesquisa bibliográfica e documental, o presente artigo, voltado para o campo do Direito Constitucional Financeiro e aos estudos sobre Gênero, se propõe a analisar, primeiramente, o papel do instituto do orçamento no Sistema Constitucional Brasileiro. Em um segundo momento, refletiremos sobre o gênero enquanto fenômeno performático e resultante de uma construção social, para só então fazermos uma avaliação da importância da mulher para a realização de um desenvolvimento sustentável e por fim, apresentarmos o orçamento sensível ao gênero como ferramenta para o alcance do referido desenvolvimento.

PALAVRAS-CHAVE: Gênero performativo. Desenvolvimento sustentável. Orçamento sensível ao gênero

GENDER-SENSITIVE BUDGET: A TOOL FOR SUSTAINABLE DEVELOPMENT AND EQUITY

ABSTRACT

Through a bibliographical and documentary research, this article, focused on the field of Financial Constitutional Law and studies on Gender, proposes to analyze, firstly, the role of the budget institute in the Brazilian Constitutional System. In a second moment, we will reflect on gender as a performative phenomenon resulting from a social construction, and only then will we make an assessment of the importance of women for the achievement of sustainable development and, finally, we will present the gender-sensitive budget as a tool for scope of said development.

[1] Doutora e mestra em Direito do Estado pela PUC/SP. Especialista em Direito Tributário pelo IBET, em Direito Público pela UFRN e em Direito Homoafetivo e de Gênero pela Unisanta. Coordenadora de ESG e Professora.

[2] Doutora em Direito pela Universidade Paris 1 - Panthéon Sorbonne. Mestra em Direito das Relações Internacionais. Professora na Universidade Presbiteriana Mackenzie e Cofundadora do Instituto Liberdade Digital. Diretora de Pesquisa do Datasphere Initiative. Pesquisadora do Observatório Jurídico da Inovação da USP. Advogada.

[3] Pós-doutor pela Universidade de Coimbra. Doutor em Filosofia e Teoria Geral do Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Mestre em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Bacharel em Filosofia pela FFLCH-USP. Professor do Programa de Mestrado da Escola Paulista de Direito (EPD), da Faculdade Lumina de Direito e da Universidade São Judas Tadeu. Pesquisador no Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales.

KEYWORDS: *Performative genre. Sustainable development. gender sensitive budget*

INTRODUÇÃO

Não é surpresa para ninguém que o nosso país está longe de alcançar parâmetros razoáveis de equidade de gênero[4]. Existem inúmeras pesquisas que demonstram que a busca por uma sociedade feminista, não consiste em uma pauta que interessa apenas as mulheres, já que a participação feminina nos espaços de tomada de decisão e um maior compartilhamento de responsabilidades entre todos os atores sociais pode nos levar a patamares de desenvolvimento nunca antes visto. Por tal razão, é que compreendemos ser a temática aqui desenvolvida de grande importância para a evolução da sociedade brasileira contemporânea.

Assim, o presente artigo se propõe a responder a seguinte pergunta: o orçamento sensível ao gênero pode ser uma ferramenta capaz de promover o desenvolvimento sustentável?

Para tanto, através de uma pesquisa bibliográfica e documental, pretende-se, inicialmente, apresentar as diretrizes básicas das leis orçamentárias, alguns princípios que lhes regem e que nos ajudarão a compreender a cenário em que a presente problemática está inserida e a sua importância em um país democrático republicano. Em um segundo momento, nos proporemos a refletir sobre a construção social dos gêneros masculinos e os papeis destinados à mulher em um contexto patriarcal e machista, para que, em seguida, possamos compreender os efeitos dos estereótipos femininos na evolução pessoal e profissional das mulheres e o quanto este panorama impacta no desenvolvimento do nosso país.

Cientes da desigualdade de gênero que estrutura a nossa sociedade e que se reflete em diversos números que serão aqui trazidos, apresentaremos, de forma breve as ideias de Amartya Sen (SEN, 2010) sobre desenvolvimento sustentável, a fim de deixar claro que sem equidade de gênero não se chegará ao patamar ideal desenhado por aquele autor indiano, que aqui utilizamos como referencial teórico. Logo, precisamos de mecanismos capazes de ultrapassar este obstáculo cultural que tantos danos trazem a nossa sociedade. É nesse momento que pretendemos trazer algumas informações a respeito do orçamento sensível ao gênero, como a sua origem, definição, casos de sucesso e elementos que o constituem para, por fim, concluir se de fato esta pode ser uma ferramenta para o desenvolvimento sustentável dentro dos parâmetros amartianos aqui defendidos.

1. O ORÇAMENTO NO SISTEMA CONSTITUCIONAL BRASILEIRO

A vida em sociedade forja uma série de demandas coletivas que precisam de recursos para serem realizadas. As despesas com saúde, educação, segurança, dentre outras, são mantidas basicamente com receitas advindas dos tributos e demais fontes públicas. Quanto maior o país, maior deverá ser o esforço de planejar e organizar tais receitas e despesas para que os anseios públicos sejam atendidos e que sejam

[4] EQUAL MEASURE 2030**. Harnessing the Power of Data for Gender Equality - Introducing the 2019 EM2030 SDG Gender Index**. 2020. Disponível em: https://www.equalmeasures2030.org/wp-content/uploads/2019/07/EM2030_2019_Global_Report_English_WEB.pdf, acesso em 16 dez 2020.

estabelecidas as adequadas prioridades, caso contrário, enfrentaremos sérios problemas de ordem pública. Tal planejamento se denomina de Orçamento Público e é sobre ele que nos debruçaremos nesse artigo, mais especificamente sobre o orçamento sensível ao gênero, a fim de avaliar se ele pode ser uma ferramenta para alcançarmos o desenvolvimento sustentável perseguido por Amartya Sen.

Esta peça essencial para o governo existe, ainda que de maneira rudimentar, desde as mais priscas eras da humanidade, mas, foi com o surgimento do Estado moderno e o movimento de constitucionalização que o orçamento público ganhou estrutura jurídica. Sobre este tema, é precisa a definição Aliomar Baleeiro:

> O orçamento é considerado o ato pelo qual o Poder Legislativo prevê e autoriza ao Poder Executivo, por certo período e em pormenor, as despesas destinadas ao funcionamento dos serviços públicos e outros fins adotados pela política econômica ou geral do país, assim como a arrecadação das receitas já criadas em lei. (BALEEIRO, 1969, p. 397)

Para além de servir à organização estatal, o orçamento é uma ferramenta de controle popular muito importante nos regimes democráticos e republicanos, onde o titular do poder é o povo. Dada a impossibilidade de governar diretamente, a população elege os seus representes, mas precisa de mecanismos para fiscalizá-los e para averiguar se as políticas públicas criadas por aqueles vão ao encontro dos interesses da maioria e se os recursos públicos de propriedade dos cidadãos estão tendo o destino esperado e necessário para o alcance do bem-estar social.

É nesse contexto que surge a expressão inglês: *no taxatio without representation*[5]. Em linhas gerais, ele representa a soberania popular, na medida em que o povo afirma que se as suas demandas coletivas não forem atendidas com os recursos que ele próprio fornece, então os governantes não merecem representá-lo. Como desdobramento deste pensamento, surgem as leis orçamentárias como mecanismos de controle para o atingimento do interesse público. Daí porque o Estado e demais entidades que desempenham funções de utilidade pública precisam deixar claro suas fontes de riqueza, o destino desses valores, isto é, onde e como aquelas serão despendidas e como serão administradas a longo, médio e curto prazo.

É imprescindível que reconheçamos que o orçamento não é apenas um documento de natureza contábil, mas também um retrato da situação econômica de um país. O orçamento representa, ainda, o plano de ação do governo, logo, reflete uma decisão política. Basta uma rápida análise das leis orçamentárias para se concluir quais grupos sociais e regiões serão contemplados, quais as prioridades eleitas pelo Estado etc. A partir destas diretrizes, refletidas no Orçamento, é possível concluir que este é também ideológico e político.

Pode-se dizer que, as leis orçamentárias podem também ser um veículo de redistribuição da renda nacional, reduzindo a desigualdade de patrimônio e rendas das pessoas, seja pela criação das receitas, seja pela realização de despesas. Trata-se da chamada Teoria do Filtro, segundo a qual o orçamento age como sistema hidráulico

[5] Tradução livre: Não há tributação, sem representação

que aspira parte das rendas e capitais dos particulares e devolve-os numa redistribuição diferente. (HARADA, 2020, p. 93)

Sendo assim, o orçamento não só é capaz de promover a racionalidade econômica e gerar eficiência na gestão de recursos públicos, mas, também, definir políticas sociais, fazendo a diferença no desenvolvimento de um país. É sob essa perspectiva que analisaremos o orçamento sensível ao gênero adiante.

As normas constitucionais preveem três espécies de leis orçamentárias: o plano plurianual (PPA); a de diretrizes orçamentárias (LDO) e o anual (LOA). O primeiro estabelece os objetivos e as metas da Administração com referência às despesas de capital e outras equivalentes de duração continuada. Já a segunda, se volta para o exercício subsequente, ou seja, para as metas e as prioridades da Administração no tocante às despesas de capital para o ano vindouro, além de dispor as alterações da legislação tributária. Por fim, o anual, deve prevê o orçamento fiscal dos três Poderes, fundos, órgãos e entidades da Administração direta e indireta, inclusive fundações, e bem assim a seguridade social.

Cumpridos os rituais e procedimentos legais, as regras orçamentárias ganham vigência e eficácia e os entes públicos devem se comprometer a observá-las, sob pena de serem punidos por crime de improbidade administrativa. A Lei Complementar n. 101/2000, institui normas de finanças públicas, estabelecendo parâmetros rígidos na gestão de recursos financeiros, detalhando medidas já previstas na Lei 4320/ 64 e principalmente exigindo maior transparência no gerenciamento do orçamento.

Dentre os muitos princípios que regem as leis orçamentárias destacaremos as seguintes, os quais vão ao encontro dos objetivos deste estudo:

i) O Princípio do equilíbrio orçamentário, segundo o qual as leis orçamentárias não possuem fim em si mesmas, mas servem para equilibrar a economia e por conseguinte para promover o desenvolvimento do país, como falaremos melhor adiante.

ii) Princípio da Unidade: Esta norma estabelece que os documentos orçamentários, apesar de múltiplos, deve ser visto como um só, contemplando, por exemplo todos entes federais: Poderes da União, seus fundos, órgãos e entidades da administração direta e indireta, inclusive fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público; orçamento de investimento das empresas estatais; orçamento da seguridade social, abrangendo todas as entidades e órgãos a ela vinculados, da administração direta ou indireta, bem como os fundos e fundações instituídos e mantidos pelo Poder Público. Sob uma outra perspectiva, deve-se entender que todas as leis orçamentárias devem perseguir um mesmo propósito e buscar realizar valores comuns, como, por exemplo, a equidade de gênero.

Como afirma HARADA (2022, p. 97):

> Hoje, o princípio da unidade orçamentária não mais se preocupa com a unidade documental, mas com a unidade de orientação política, de sorte que os orçamentos se estruturem uniformemente, ajustando-se a um método único, vale dizer, articulando-se com o princípio da programação.

Ao nosso ver, a expressão "unidade de orientação política" pode ser interpretada de forma mais ampla, ou seja, não só considerando a sua homogeneidade estrutural, mas também material. Em outras palavras, pensamos que esse princípio realça a natureza instrumental de orçamento, fazendo com que todos os documentos dessa natureza sirvam a um só objetivo, qual seja, a satisfação das necessidades coletivas, como a paridade de gênero, rumo ao desenvolvimento sustentável.

Outro princípio que nos interessa é o da transparência, o qual determina que o Executivo estabeleça o mecanismo que permita ao cidadão o acesso aos dados relativos à execução orçamentária. O Ministro Gilmar Mendes e concluiu que o "princípio da transparência fiscal é norma estruturante do Estado Democrático de Direito brasileiro" (HARADA, 2022, P. 98) Portanto, considerando que o orçamento é importante ferramenta de controle e fiscalização de gasto público pelo povo, este princípio torna-se um instrumento do exercício de cidadania.

No mesmo diapasão, a Lei Maior exige que a administração pública respeite o Princípio da publicidade inclusive na elaboração e execução das leis orçamentárias, o que faz total sentido quando o titular do poder é o povo e este precisa acompanhar os gastos dos seus próprios recursos, razão pela qual precisa acompanhar cada passo do processo de execução orçamentário, principalmente quando estamos falando de estratégias específicas, como a que ora estudamos.

Por fim, antes de passarmos para os próximos capítulos, faz-se necessário ressaltar que dada a importância dos orçamentos para o exercício da cidadania e para o desenvolvimento do país, o nosso ordenamento jurídico previu forte esquema de controle interno e externo, a fim de evitar que eles sejam desrespeitados, haja vista que não se trata do descumprimento de uma regra qualquer, mas sim daquelas que gerarão forte impacto na evolução da sociedade como um todo e na sobrevivência dos grupos minorizados.

Nos dias atuais, a partir do movimento neo constitucionalista, onde a perspectiva moral, vale tanto ou mais que que a legal, tal controle deve observar tanto o respeito à legalidade, quanto à observância da legitimidade, a qual reflete a soberania popular, razão pela qual a fiscalização deve examinar o mérito do ato praticado pelo agente público para detectar possível desvio de finalidade. Portanto, uma despesa que leve à desigualdade de gênero ou mesmo a mantenha deve ser rechaçada.

Feitas essas considerações mais genéricas sobre as leis orçamentárias, passaremos a tratar mais propriamente das questões de gênero a fim de que possamos entender a sua relação com o desenvolvimento sustentável e a necessidade ou não do orçamento sensível ao gênero, visando a equidade desta natureza.

2. GÊNERO PERFORMÁTICO

Antes mesmo de Butler se utilizar da expressão "performance" para qualificar o gênero, Beauvoir já havia proferido a celebre frase: não se nasce mulher, torna-se mulher (BEAUVOIR, 2009, vol. 01, versão kindle), a qual conecta essas duas autoras que marcaram suas respectivas épocas.

A frase escrita por aquela que se tornou, talvez, a maior representação do feminismo do seu tempo, deixa claro que a condição feminina não é algo nato ou dado, mas sim construído. Mas, quem nos forjou ou deu início a essa empreitada? Como se deu esse processo?

Segundo LERNER (2019) somos coadjuvantes de uma história patriarcal contada por homens e para homens, onde não há espaço para o protagonismo feminino, fazendo parecer que nós nunca tivemos uma participação ativa na evolução da humanidade, o que não é verdade. A partir desta perspectiva instala-se uma relação hierárquica entre homens e mulheres, em que nós fomos invisibilizadas, parecemos naturalmente frágeis, incapazes de termos vontade própria, dependentes da força masculina, e com papeis sociais bastante definidos, usualmente associado ao cuidado, sobre o qual falaremos mais adiante.

Construiu-se, há séculos, uma sociedade sexista e binária, onde a reprodução desse olhar sobre os gêneros constituiu os estereótipos femininos e masculinos. O professor Adilson Moreira afirma que estereótipos culturais "são representações criadas por grupos majoritários, segmentos que têm o poder simbólico e político para construir e difundir sentidos culturais." (MOREIRA, 2020, p. 329).

A partir desses sentidos forjados segundo os padrões estabelecidos pelas classes dominantes, a sociedade estabeleceu funções, comportamentos, modos de vestir, objetos adequados para homens e mulheres e depositou em cada um deles e delas a certeza de que supririam aquelas expectativas. Neste cenário, mulheres vestem rosa, são delicadas, dóceis, gostam de cuidar, de estudar e trabalhar, mas a prioridade será sempre a família. Já os homens vestem azul, são fortes, viris e responsáveis pelo provimento da sua família, por isso o trabalho passa a ser a sua prioridade.

É importante lembrar que, a construção desses padrões de masculinidade e feminilidade se dão a partir de arranjos arbitrários no campo intelectual e artístico (MEAD, 2015, p. 273) Tais suposições, formadas explicita ou implicitamente, ao longo do tempo nos fazem acredita que elas são inatas e por isso imutáveis.

A fim de desconstituir essa visão natural da sexualidade, Beauvoir traz inúmeros exemplos de outras espécies em que a relação de hierarquia entre macho e fêmea difere do nosso. Tais como: o pardal macho é responsável por chocar os ovos; entre os equinos, o garanhão e a égua se equiparam quanto à agilidade (BEAUVOIR, 2009). Assim, não se sustenta, ao nosso ver, a ideia de que as mulheres nasceram com seus destinos traçados para desempenhar certas funções, dentre elas, a do cuidado.

Nestes termos, vale a provocação de Beauvoir: "Se a função de fêmea não basta para definir a mulher, se nos recusamos também a explicá-la pelo "eterno feminino" e se, no entanto, admitimos, ainda que provisoriamente, que há mulheres na Terra, teremos que formular a pergunta: o que é uma mulher? " (BEAUVOIR, 2009, Versão Kindle)

Talvez não cheguemos a essa resposta de forma objetiva e definitiva, até por que somos múltiplas e diversas, mas certo é, como dizia Beauvoir (2009, versão kindle) que: "O termo "fêmea" é pejorativo não porque enraíza a mulher na Natureza, mas porque a confina no seu sexo."

Acerca dessa ideia, Butler sustenta que gênero e sexo estão dissociados:

> O sexo não causa o gênero; e o gênero não pode ser entendido como expressão ou reflexo do sexo; aliás, para Beauvoir, o sexo é imutavelmente um fato, mas o gênero é adquirido, e ao passo que o sexo não pode ser mudado — ou assim pensava ela —, o gênero é a construção cultural variável do sexo, uma miríade de possibilidades abertas de significados culturais ocasionados pelo corpo sexuado. ((BUTLER, 2018)

Beauvoir (2009, versão kindle) relembra Merleau-Ponty, ao dizer que o homem não é uma espécie natural, mas uma ideia histórica. Porém, devemos lembrar que, ao longo da história, a personagem feminina foi escrita a partir do homem, tal como ela mesmo afirma (2009, Kindle):

> O homem representa a um tempo o positivo e o neutro, a ponto de dizermos "os homens" para designar os seres humanos, tendo-se assimilado ao sentido singular do vocábulo latino vir o sentido geral do vocábulo homo. A mulher aparece como o negativo, de modo que toda determinação lhe é imputada como limitação, sem reciprocidade.

Com isso, essa autora deixa claro que a mulher é reificada a partir de quem conta a história. Segundo aquela filósofa: "Os homens dizem "as mulheres" e elas usam essas palavras para se designarem a si mesmas: mas não se põem autenticamente como Sujeito." (BEAUVOIR, 2009, Kindle)

É por esse fator histórico-cultural, que Butler entende ser o gênero performático, ou seja, é a execução de um papel social, construído historicamente a partir de uma narrativa formulada pela classe dominante. Em sendo a nossa sociedade patriarcal, quem dita as regras e determina como as mulheres devem ser e agir são os homens, de modo que nós estejamos a serviço dos seus objetivos, assumindo personagens, aparentemente, coadjuvantes para que eles possam permanecer desempenhando os seus personagens principais.

3. A PARTICIPAÇÃO DA MULHER PARA O DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL

Essa alteridade feminina, isto é, a construção da mulher como o que não é homem, causa inúmeros impactos para a existência da mulher, dentre elas a assunção da síndrome da impostora, inicialmente apresentado por Pauline Clance e Suzanne Imes, a qual corresponde a uma auto distorção acerca das habilidades femininas. Uma subestimação das suas capacidades intelectuais ainda que os outros possam atestar a sua excelência. Quem dela sofre se vê como inferior, quando se compara aos seus pares. Nutre constante sensação de inadequação e inferioridade (CLANCE E IMES, 1988).

Pelo cenário que descrevemos acima, isto é, em uma sociedade patriarcal, não nos surpreende que a síndrome de impostora atinja majoritariamente às mulheres. Ora, se sociedade confere aos seres masculinos o lugar de protagonista, ao mesmo tempo que forja à mulher o lugar do outro, do que não é homem, é esperado que essa narrativa leve às pessoas do gênero feminino a crerem nessa inferioridade, assim como se considerarem incapazes de figurar em espaços construídos para homens, como os de

tomada de decisão. Portanto, ao nosso ver, esse não é um fenômeno individual, mas sim resultante de uma construção coletivamente machista.

Um estudo realizado conjuntamente por Tanja Hentschel(TSM, ABS e UA); Madeline E. Heilman (NYU) e Claudia V. Peus (TSM), chegou à conclusão de que as mulheres tendem a se enxergar de forma mais estereotipada, menos assertivas e incapazes de assumir lideranças, em oposição à forma como os homens se veem.

Este discurso sexista hegemônico masculino faz com que as mulheres se sintam inadequadas, incapazes e inferiores em todos os ambientes distintos daquele que lhe foi "naturalmente" destinado: o doméstico, levando-as a crer que são típicas impostoras no mercado de trabalho.

Tal crença leva à baixa participação feminina nos espaços públicos (sejam estatais ou corporativos). Prova disso é que, em 2020 a Revista Fortune trouxe o dado de que apenas 37 mulheres ocupavam o cargo de *Chief Executive Officer - CE*O nas 500 maiores empresas americanas (HINCHLIFFE, 2020). Embora ínfimo, este número foi comemorado, já que em 1998, esse número era de apenas duas mulheres.

Outra consequência desta estrutura é o fato de que, segundo a Oxfam, os homens detêm 50% (cinquenta por cento) a mais da riqueza mundial que as mulheres. A mesma pesquisa constatou que as mulheres ocupam apenas 18% dos cargos de ministro de governo e 24% das funções parlamentares em todo o mundo. (OXFAM, 2020)

Como dissemos acima, a forma como os estereótipos masculinos e femininos foram construídos socialmente, levaram as mulheres a assumir grande parte do trabalho do cuidado. Segundo a Oxfam, ao longo de todo o mundo, mulheres e meninas dedicam 12,5 (doze virgula cinco) bilhões de horas todos os dias ao trabalho de cuidado. Esta tarefa, corresponde ao valor monetário global de US$ 10,8 (dez trilhões e oitocentos bilhões de dólares) por ano, montante superior ao proporcionado pelo setor de tecnologia. Ainda assim, deve-se ressaltar que, essa cifra é subestimada, já que tal cálculo tomou em conta apenas o salário mínimo e não o que essas mulheres justamente deveriam receber (OXFAM, 2020). Sendo assim, pode-se dizer que o trabalho doméstico e não remunerado é responsável pela manutenção do remunerado, isto porque o trabalho feminino está a serviço dos homens brancos e heterossexuais que ocupam a maioria dos cargos tomadores de decisão.

Como se não bastasse, a dedicação ao trabalho doméstico acaba afastando 42% (quarenta e dois por cento) das mulheres do mercado de trabalho formal, o que também é causa da sua alta evasão escolar. (OXFAM, 2020)

Este alto nível de desigualdade não prejudica apenas as mulheres, mas sim à todo o desenvolvimento mundial. Segundo Amartya Sen, um país desenvolvido não é apenas aquele com alto crescimento do Produto Nacional Bruto (PNB), aumento de rendas pessoais, industrialização, avanço tecnológico ou modernização social. Para esse Nobel da Economia, desenvolvimento é sinônimo de liberdade política, econômica, social e de oportunidade (2010, p. 11). Um país rico é aquele em que todos os seus cidadãos gozam do mesmo acesso à saúde, educação, produção e possuem vida digna, além de terem espaço para desenvolver sua criatividade e onde os direitos humanos são respeitados.

Para esse autor indiano, a liberdade tem caráter constitutivo, na medida em que proporciona uma vida plena, ao mesmo tempo que assume natureza instrumental, já que segundo ele, uma liberdade leva à outra. Ele ainda aduz que as liberdades econômicas e políticas se reforçam mutuamente, em vez de serem contrárias umas às outras, ou seja, o governante que foca no desenvolvimento econômico e esquece de promover o social está caminhando no sentido contrário ao crescimento do seu país (2010, p. 46).

Segundo Sen, faz-se necessário uma análise integrada das atividades econômicas, sociais e políticas de um país de forma interativa. Isto é, os planos governamentais devem considerar as inter-relações entre certas liberdades instrumentais cruciais, incluindo oportunidades econômicas, liberdades políticas, facilidades sociais, garantias de transparência e segurança protetora. (2010, p. 05)

Por outro lado, há que se remover as principais fontes de privação de liberdade: pobreza e tirania, carência de oportunidades econômicas e destituição social sistemática, negligência dos serviços públicos e intolerância ou interferência excessiva de Estados repressivos. (2010, p. 11)

Para comprovar a sua tese, Sen cita o seguinte exemplo:

> Os cidadãos do Gabão, África do Sul, Namíbia ou Brasil podem ser muito mais ricos em termos de PNB per capita do que os de Sri Lanka, China ou do Estado de Kerala, na Índia, mas neste segundo grupo de países as pessoas têm expectativas de vida substancialmente mais elevadas do que no primeiro. (SEN, 2010, p. 14)

Ademais, o respeito aos direitos humanos gera apoio ao desenvolvimento e exercício de habilidades ou capacidades fundamentais, ou seja, um espaço onde todos são respeitados, é também aquele onde todos podem se desenvolver plenamente e por consequência promover a evolução coletiva. Como demonstração dessa inter-relação entre a promoção de oportunidades e o desenvolvimento econômico, Sen afirma:

> Analogamente, a criação de oportunidades sociais por meio de serviços como educação pública, serviços de saúde e desenvolvimento de uma imprensa livre e ativa pode contribuir para o desenvolvimento econômico e para uma redução significativa das taxas de mortalidade. A redução das taxas de mortalidade, por sua vez, pode ajudar a reduzir as taxas de natalidade, reforçando a influência da educação básica — em especial da alfabetização e escolaridade das mulheres — sobre o comportamento das taxas de fecundidade. (SEN, 2010, P. 52)

Sendo assim, se compararmos os dados de desigualdade expostos acima com o conceito de desenvolvimento constituído por Amartya Sen, vemos que a promoção das liberdades sociais, políticas e econômicas é não só o meio, como deve ser o fim para desenvolvimento. Se nos voltarmos para o tema aqui trabalhado, podemos concluir que equidade de gênero é condição *sine qua non* para que possamos alcançar os níveis de evolução almejado.

4. ORÇAMENTO SENSÍVEL AO GÊNERO PARA UM DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL

Como demonstramos no segundo capítulo, para que o Estado exista faz-se necessário que ele crie fontes de receita e as administre bem a fim de satisfazer plenamente as necessidades da comunidade onde aqueles bens são gerados. Logo, podemos concluir que a sobrevivência do Estado está diretamente vinculada à criação e boa execução das leis orçamentárias.

Ocorre que até o início deste século, havia uma concepção de que as leis orçamentárias eram neutras, de modo que a criação de políticas públicas, por si só, não tinha o condão de causar impactos em outras esferas que não fosse a de classe. Da mesma forma que não se tinha a nítida percepção de que medidas que proporcionassem a equidade de gênero, por exemplo, pudesse gerar efeitos mais significativos no desenvolvimento do país. Porém, teorias como a de Amartya Sen provam o contrário, assim como o chamado orçamento sensível ao gênero.

A construção social dos gêneros; a condição de inferioridade em que as mulheres são colocadas e todos os efeitos que essa estrutura causa para a evolução profissional das mulheres; e, ainda considerando todos os dados que demonstram que a participação feminina no mercado de trabalho levaria a um mais rápido e sólido desenvolvimento do país, nos levam a crer que políticas públicas que visem a reparar essa disparidade e proporcionem maior equidade são prementes, como pode proporcionar o orçamento sensível ao gênero.

Segundo Diane Elson, o orçamento sensível ao gênero "Busca analisar qualquer forma de gasto público ou método para arrecadar recursos públicos, a partir da ótica do gênero, identificando as implicações e os impactos para a mulher e a menina, quando comparados com o homem e o menino" (ELSON, 2005, p. 02)

Trata-se, portanto de olhar para as leis orçamentárias sob uma perspectiva de gênero, compreendendo que nenhuma política pública é neutra e que qualquer gasto realizado pelo Estado pode gerar mais desigualdade, manter os níveis de disparidade entre homens e mulheres ou reduzi-lo. Ciente disso, deve-se empenhar todos os esforços para que as finanças públicas trabalhem em prol de uma sociedade mais equânime e, por conseguinte, mais desenvolvida à luz dos ensinamentos de Amartya Sen.

Não se trata, pois, de um orçamento voltado para as mulheres e sim de uma metodologia para pensar toda e qualquer receita e despesa sob uma perspectiva de gênero, ou seja, avaliar cada elemento das leis orçamentárias sob esse prisma. Consiste em um trabalho contínuo do seguinte questionamento: a realização desta despesa promoverá a equidade de gênero ou aumentará a desigualdade entre homens e mulheres?

Interessante notar que medidas como "a redução do tempo de um paciente no hospital" pode impactar na vida da mulher, na medida em que o retorno do paciente ao lar, provavelmente, demandará um cuidado que deverá ser exercido por aquela; Se o governo opta por reduzir os investimentos em transportes públicos, isto também gerará efeito diverso entre homens e mulheres, já que pesquisas revelam que estas utilizam mais este veículo que aqueles para resolver problemas domésticos (OXFAM, 2020).

A ferramenta ora apresentada pode ser aplicável em qualquer fase do orçamento: durante sua formulação, ao idealizar a destinação das receitas; no momento da aprovação do orçamento, direcionando efetivamente medidas em prol da equidade; durante a execução do orçamento, quando o Estado estará agindo em prol da redução da desigualdade ou até mesmo na fase de avaliação orçamental, momento imprescindível para se verificar se o que foi pensado na fase de formulação realmente atingiu o objetivo alcançado.

Em recente palestra proferida no I Congresso Internacional de Tributação e Gênero -CONITEG, a professora Tathiane Piscitelli nos conta que, essa perspectiva ganhou força na Europa a partir de 2003 quando a União Europeia criou o Comitê Diretor para a igualdade entre mulheres e homens, e neste se estabeleceu o Grupo de Especialistas em Orçamento sensível ao Gênero (PISCITELLI, 2022).

E, acrescenta que nesse mesmo período, o Brasil também iniciava seus movimentos nesse sentido, ao criar a Secretaria Especial de políticas para as Mulheres da Presidência da República. Em 2004, foi criado o Plano Nacional de Políticas para as Mulheres na I Conferência Nacional de Políticas para as mulheres, o qual fazia expressa referência à necessidade de previsão daquela perspectiva nas leis orçamentárias.

Em 2008, o II Plano Nacional de Políticas Públicas reconhece o insucesso do primeiro plano e determina nova alocação de recursos para implementação de políticas para as mulheres. Em 2012, no Grupo Interinstitucional de Peritos em Estatísticas de Gênero tornou obrigatória a formulação de estatísticas segregadas por gênero pelo órgão, quando da análise de dados estatísticos e, no ano seguinte, o III Plano Nacional de Políticas para as mulheres estimulou a criação de mecanismos que possibilitassem o monitoramento das ações orçamentárias relacionadas ao gênero.

O Plano Plurianual de 2016-2019 previa em seu artigo quarto que aquele PPA teria a redução das desigualdades inclusive de gênero como uma das suas diretrizes. O PPA de 2020-2023 trazia o Programa 5034 voltado para a proteção á vida, fortalecimento da família, promoção e defesa dos Direitos Humanos para todos. Já as LDOs de 2021 e 2022 faziam referência ao orçamento mulher, o qual exigia relatório anual e metodologia de acompanhamento de programas e ações.

Ainda assim, a professora da FGV/SP ressalta que, se olharmos de forma mais detida para o orçamento mulher de 2021, concluiremos que grande parte dos valores lá previstos não se voltam para políticas em prol exclusivamente das mulheres, mas beneficiavam homens e mulheres indistintamente. Logo, não podemos dizer que até então tivemos a efetiva implementação do Orçamento sensível ao gênero no Brasil.

É importante ressaltar que o FMI reconhece o sucesso deste instrumento em vários países como Etiópia, Equador e estabelece, a partir da análise de casos exitosos (citados entre parênteses), uma série de princípios que precisam ser seguidos, a fim de que tal projeto seja bem sucedido, tais como: i) esforço conjunto entre o parlamento, os ministérios e o meio acadêmico (Timor Leste e Reino Unido); ii) alinha-lo com os Objetivos para o desenvolvimento sustentável da Agenda 2030 (Marrocos e Afeganistão); iii) avaliar se a política fiscal está indo ao encontro da equidade de gênero (Austria, Irlanda, Finlandia e Espanha); iv) exigir o compromisso de todas as esferas do

governo (India); v) O ministério das finanças deve estar à frente desta empreitada (Albania, Coreia e Uganda); (KHAN E KOLOVICH, 2019)

Nesta matéria, resta claro ainda que não há bom êxito neste projeto se não houver transparência e principalmente monitoramento, criação e implementação de métricas de avaliação dos resultados das políticas que busquem a equidade de gênero (KHAN E KOLOVICH, 2019). Sendo assim, não basta idealizar um orçamento sensível ao gênero, mas se faz necessário executá-lo e averiguar sua real efetividade.

Consideramos que medidas como as descritas abaixo, podem promover a equidade de gênero e, por conseguinte, gerar maior desenvolvimento mundial:

i) Políticas fiscais que reduzam a carga tributária e a regressividade da tributação sobre o consumo e serviço[6];

ii) Aumento no investimento na educação e saúde[7];

iii) Maior investimento nas atividades do cuidado[8];

iv) Medidas de preservação do meio ambiente[9].

O relatório da Oxfam já citado, defende que voltar a atenção para o trabalho doméstico não remunerado, pode ser uma das grandes chaves do desenvolvimento, a medida que esse tempo e energia despendidos pelas mulheres poderiam ser melhor distribuídos entre todos que integram a sociedade e aquelas teriam a oportunidade de desempenhar outras funções mais dignas e que melhor contribuíssem para o seu aprimoramento e de toda a comunidade em sua volta. A esta política, os estudiosos deram nome de política dos "4R", vez que baseada nos seguintes princípios:

> 1. Reconhecer o trabalho de cuidado não remunerado e mal pago, que é realizado principalmente por mulheres e meninas, como um tipo de trabalho ou produção com valor real.
>
> 2. Reduzir o número total de horas dedicadas a tarefas de cuidado não remuneradas ampliando o acesso a equipamentos acessíveis, de qualidade e que economizem tempo e a infraestruturas de apoio à prestação de cuidado.
>
> 3. Redistribuir o trabalho de cuidado não remunerado de maneira mais justa dentro da família e, ao mesmo tempo, transferir a responsabilidade desse tipo de trabalho para o Estado e para o setor privado.
>
> 4. Representar cuidadoras mais marginalizadas, garantindo que participem ativamente do desenho e da implementação de políticas, serviços e sistemas que afetam suas vidas. (OXFAM, 2020, P. 15)

[6] Sabe-se que os produtos considerados femininos possuem maior base de cálculo que os tidos como masculinos. Este fenômeno consumerista se denomina de Pink Tax e tem impacto no âmbito tributário, gerando maior carga tributária para as mulheres, o que se agrava pelo fato das mulheres ganharem menos que os homens e terem menos oportunidade de emprego.

[7] Pesquisas demonstram que mulheres são obrigadas a deixar as escolas para cuidar dos seus familiares, o que impacta no seu progresso escolar, profissional e, pelas razões apresentadas acima, isto causa efeitos danosos no desenvolvimento da sociedade como um todo. (OXFAM, 2020)

[8] Estima-se que até 2030 mais de 200 milhões de idosos, crianças e adolescentes de 6 a 14 anos precisarão de cuidados, os quais, como dissemos acima, são realizados majoritariamente por mulheres. (OXFAM, 2020);

[9] Até 2025, 2,4 bilhões de pessoas no mundo poderão viver sem água, o que sobrecarregará ainda mais as mulheres que deverão percorrer ainda maiores distâncias para terem acesso a esse recurso natural em escassez. Ao mesmo tempo que se prever que as mudanças climáticas reduzirão os alimentos, o que promoverá mais doenças e exigirá mais cuidado por parte das mulheres. (OXFAM, 2020)

Considerando que o trabalho do cuidado é desenvolvido majoritariamente pelas mulheres, medidas que considerem os 4Rs acima, bem como as outras políticas citadas neste artigo, poderão levar a uma maior equidade de gênero e por conseguinte ao desenvolvimento sustentável, razão pela qual compreendemos que orçamento sensível ao gênero pode ser uma grande ferramenta para tanto.

CONCLUSÃO

Nas linhas acima, vimos que as leis orçamentárias têm papel fundamental na vida em sociedade. É muito mais que um documento contábil financeiro. Podem ser consideradas verdadeiros instrumentos de exercício da cidadania, em países democráticos e republicanos como o nosso, onde o povo é o titular do poder e utiliza aquelas leis como meio de fiscalização e realização das necessidades coletivas. Portanto, podemos dizer que os orçamentos são instrumentos ideológicos e políticos que podem ser utilizados, inclusive, para promover maior equidade de gênero a depender das prioridades estabelecidas na sua idealização.

Em seguida, pudemos refletir sobre a construção social dos gêneros masculino e feminino e o quanto os papeis performados pelas mulheres lhes prejudicam e geram danos para o desenvolvimento de toda a sociedade se associarmos que este consiste na promoção de liberdades e oportunidades para todos, tal como defende Amartya Sen. Logo, uma sociedade desigual não é terreno fértil para a evolução econômico-social de uma coletividade, razão pela qual precisamos criar ações afirmativas que vá de encontro ao cenário cultural construído. Isto é, que reparem as perdas causadas diretamente, às mulheres e indiretamente a todos que fazem parte de uma sociedade patriarcal.

Por fim, esperamos ter demonstrado que o orçamento sensível ao gênero pode ser uma ferramenta eficaz de compensação dessas desigualdades ocorridas na sociedade e de promoção do desenvolvimento sustentável.

REFERÊNCIAS

BALEEIRO, Aliomar. Uma introdução à ciência das finanças. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1969. p. 397.

BEAUVOIR, Simone de. **O segundo sexo**. tradução Sérgio Milliet. - 2.ed. - Rio de Janeiro : Nova Fronteira, 2009. 2v, Edição Kindle.

BUTLER, Judith P. **Problemas de gênero: feminismo e subversão da identidade**. Tradução Renato Aguiar. – 1. ed. – Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2018. Edição Kindle.

_____. Desfazendo gênero. São Paulo: Editora Unesp, 2022.

CLANCE. Pauline Rose; IMES. Suzanne. **"The Imposter Phenomenon in High Achieving Women: Dynamics and Therapeutic Intervention".** Psychotherapy Theory, Research and Practice. Volume 15, #3, 1978. Disponível em: https://paulineroseclance.com/impostor_phenomenon.html. Acesso em: 15.07.2020.

CLANCE, Pauline Rose; O'Toole, M. A. **The imposter phenomenon: An internal barrier to empowerment and achievement**. In E. D. Rothblum and E. Cole (Eds.), Treating Women's Fear of Failure. New York: Haworth Press, 1988. Disponível em https://paulineroseclance.com/impostor_phenomenon.html. Acesso em 15.07.2020.

ELSON. Diane. **Iniciativas orçamentárias sensíveis à questão de genero: dimensões chave e exemplos práticos**. Revista do Serviço Público Brasília 56 (2): 161-178 Abr/Jun 2005. Disponível em: https://repositorio.enap.gov.br/bitstream/1/1545/1/2005%20Vol.56%2Cn.2%20Elson.pdf

EQUAL MEASURE 2030. **Harnessing the Power of Data for Gender Equality - Introducing the 2019 EM 2030 SDG Gender Index.** 2020. Disponível em: https://www.equalmeasures2030.org/wpcontent/uploads/2019/07/EM2030_2019_Global_Report_English_WEB.pdf, acesso em 16 dez 2020.

HARADA, Kiyoshi. **Direito Financeiro e Tributário**. São Paulo: Grupo GEN, 2021.

HENTSCHEL. Tanja et al. **The Multiple Dimensions of Gender Stereotypes: A Current Look at Men's and Women's Characterizations of Others and Themselves**. Frontiers in Psychology. Vol. 10, artigo 11, 2019. Disponível em: https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC6364132/pdf/fpsyg-10-00011.pdf Acesso em 15.07.2020.

HINCHLIFFE, Emma. **The number of female CEOs in the Fortune 500 , hits an all-time record in FORTUNE 500,** 18/05/2020. Disponível em: https://fortune.com/2020/05/18/women-ceos-fortune-500-2020/. Acesso em 21.08.20

KHAN. Zohra. KOLOVICH. Lisa. **Faça as contas: as mulheres devem ser incluídas nos orçamentos do Estado.** IMF Blog. Disponível em: **https://www.imf.org/pt/Blogs/Articles/2019/03/06/blog-do-the-math-include-women-in-government-budgets** Acesso em 22.12.2022

OLIVEIRA. Daniela Olimpo de. **Orçamento (in)sensível ao gênero no Brasil – uma análise do Relatório de Execução Orçamentária do Orçamento Mulher 2021**. Jota. São Paulo, 2022.

OXFAM. **Tempo de cuidar. O trabalho de cuidado não remunerado e mal pago e a crise global da desigualdade**. Brasil, 2020. Disponível em: https://www.oxfam.org.br/publicacao/tempo-de-cuidar-o-trabalho-de-cuidado-nao-remunerado-e-mal-pago-e-a-crise-global-da-desigualdade/?gclid=Cj0KCQiA-

oqdBhDfARIsAO0TrGEnc9hhu3xs4ACGOSIrb2M74raxIbKqMXfeLNixc61g2xqX9_ZnweYaAmnqEALw_wcB

PISCITELLI. Tathiane. **Orçamentos sensíveis ao gênero no Brasil e no Exterior**. I CONITEG. Natal/RN, 2022. Disponível em: https://www.youtube.com/watch?v=muin0rTJcbk&t=2776s Acesso em 22.12.2022.

SEN. Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. São Paulo: Companhia de bolso, 2010

CODIFICAÇÃO TRIBUTÁRIA: A INFLUÊNCIA ESTRANGEIRA E IMPACTOS NA EXPERIÊNCIA BRASILEIRA

Jeferson Teodorovicz [1]

RESUMO

Este trabalho busca, a partir de uma análise hipotético-dedutiva e possuindo como principal recurso metodológico o levantamento bibliográfico, realizar análise sobre o processo de codificação do direito tributário, considerando a experiência estrangeira, sobretudo europeia (alemã) e latino-americana, bem como os impactos desse processo na experiência tributária brasileira. Observou-se que a codificação tributária brasileira, não obstante ter herdado muitos elementos observáveis na experiência anterior (e estrangeira), acabou seguindo caminho próprio, fruto de suas próprias peculiaridades nacionais (literárias e legislativas).

PALAVRAS-CHAVE: Código Tributário; Direito Tributário; Europa; América Latina; Brasil.

TAX CODIFICATION: FOREIGN INFLUENCE AND IMPACTS ON THE BRAZILIAN EXPERIENCE

ABSTRACT

This paper seeks, from a hypothetical-deductive analysis and having the bibliographical survey as its main methodological resource, to carry out an analysis of the tax law codification process, considering the foreign experience, mainly European (German) and Latin American, as well as the impacts of this process on the Brazilian tax experience. It was observed that the Brazilian tax codification, despite having inherited many observable elements in the previous (and foreign) experience, ended up following its own path, as a result of its own national peculiarities (literary and legislative).

KEYWORDS: *Tax Code; Tax Law; Europe; Latin America; Brazil.*

INTRODUÇÃO

O presente artigo tem por objetivo analisar o processo histórico de construção da codificação tributária brasileira, considerando primeiramente a contribuição estrangeira (europeia e latino-americana) e suas contribuições ao processo de codificação tributária no Brasil.

Adotando-se uma abordagem metodológica que beira ao raciocínio hipotético-dedutivo, mas que prioriza o levantamento bibliográfico e documental como instrumentos metodológicos de análise, parte-se da hipótese de que a experiência

[1] Professor do Programa de Mestrado em Políticas Públicas e Governo da FGV EPPG, em Brasília Brasília. E-mail: jeferson.teodorovicz@fgv.br.

estrangeira foi fundamental para a consolidação do processo de codificação jurídica tributária no Brasil, mas, que, por outro lado, a experiência brasileira – fruto das peculiaridades do país – levou a uma construção distinta, inclusive favorecendo a um perfil legislativo (e até doutrinário) diferenciado da experiência estrangeira, pois desde o início constitucionalizado e, após, devidamente codificado.

Assim, iniciaremos o trabalho apresentando algumas informações históricas sobre a experiência codificadora germânica, para, após, apresentar os impactos da codificação na experiência latino-americana e, finalmente, desaguar na experiência brasileira e seus impactos na legislação e na literatura especializada, com especial atenção ao período que antecede a entrada em vigor da Constituição de 1988.

1. CODIFICAÇÃO TRIBUTÁRIA ALEMÃ E SUAS CONTRIBUIÇÕES AO DIREITO TRIBUTÁRIO BRASILEIRO

Inicialmente, é importante lembrar que o processo de codificação do direito tributário apresenta aspectos de semelhança ao que já ocorreu em outros campos do conhecimento. Geralmente, o processo de organização e de consolidação de dispositivos em um único corpo de normas gerais serve para melhor organizar a interpretação e a aplicação daquele ramo do direito, e, consequentemente, facilitar a racionalização dos estudos relativos àquele conteúdo, e, portanto, no século XIX, viabilizar maior estabilidade no objeto de estudo do jurista (GIL, 1981, p. 17-31), pois viabilizaria melhor sistematização e organização de seu próprio objeto de conhecimento (TEODOROVICZ, 2017a, p. 209-250; TEODOROVICZ, 2009, p. 214 e ss).

Em verdade, a codificação é um processo legislativo que se vincula diretamente ao fenômeno do positivismo jurídico, e é consequência dos próprios eventos atinentes ao Estado Moderno, caracteristicamente centralizador da organização administrativa estatal e monopolizador do direito.

Na prática, a codificação também antevia maior impulso ao desenvolvimento de estudos sobre aquele corpo de regras codificado, o que também atraía esforços codificadores. Os códigos napoleônicos, por exemplo, impulsionaram rapidamente o desenvolvimento de diversos ramos do direito privado na França, incluindo-se até a codificação penal. O positivismo jurídico francês, impulsionado pelo fenômeno codificador, chegou ao extremismo exegético, no qual só importaria o exato conteúdo das leis, e nada mais (BOBBIO, 1995, p. 45-122).

Na cultura germânica oitocentista, por outro lado, a recepção da codificação foi atrasada especialmente pela prevalência de outros pontos de vista, não necessariamente harmônicos com o positivismo jurídico. Cite-se como exemplo o historicismo jurídico, ramo jus-filosófico da Filosofia do Direito, por sua vez desenvolvido por Savigny, para quem a ciência legislativa deveria ser histórica e filosófica (SAVIGNY, 1994, p. 06 e ss), e Puchta, que não necessariamente reconheciam no positivismo (e sua codificação) os únicos caminhos para o desenvolvimento da ciência jurídica.

A codificação germânica, naturalmente, passando também por elementos culturais, econômicos, sociais e políticos da região, atrasou-se em relação ao exemplo francês, e somente nas décadas finais do século XIX logrou êxito pela codificação do

direito penal (1871), seguida pela codificação do direito civil (BgB), em 1901. Em outras palavras, a codificação germânica ocorreu de forma distinta do que na realidade francesa (LARENZ, 1997, p.10 e ss; BOBBIO, 1995, p. 45-122).

No processo de codificação tributária germânica, contudo, a situação se fazia de forma ligeiramente diferente do fenômeno análogo ocorrido nos outros ramos do direito.

Isso porque, nos anos iniciais do século XX, especialmente após a Primeira Guerra Mundial, novos fenômenos políticos, sociais, econômicos e legislativos do período aproximaram a tributação no caminho da codificação, especialmente com as reestruturações constitucionais da época, a exemplo da Constituição de Weimar, em 1919, e do México, em 1917 (TEODOROVICZ, 2017a, p. 209-250; TEODOROVICZ, 2009, p. 214 e ss).

Contudo, as duas Constituições Sociais (Weimar[2], de 1919 e México, de 1917), não representavam grandes avanços na tributação, limitando-se a compreender alguns "princípios gerais" e elementos delimitadores da competência tributária.

Não obstante, tais Constituições favoreceram o reconhecimento dos chamados direitos fundamentais positivos (2ª Geração ou 2ª Dimensão), que consagrariam os chamados "direitos econômicos e sociais"[3], em contraposição aos direitos negativos ou de 1ª Geração ou 1ª Dimensão, referentes à limitação da atuação estatal na vida do cidadão, e que foram prevalecentes no Liberalismo Clássico do século XIX até a Primeira Guerra Mundial[4].

Contudo, tais dispositivos também, por dificuldades políticas, econômicas e sociais, acabaram perdendo em muito sua efetividade, o que gerou espaço para que o direito tributário fosse legislado com maior eficácia na esfera infraconstitucional (TEODOROVICZ, 2017a, p. 209-250; TEODOROVICZ, 2009, p. 214 e ss).

É justamente esse contexto que leva à entrada em vigor, no dia 23 de dezembro de 2019, do Código Tributário Alemão, (RAO – Reichsadgabenordnung -, ou Ordenação Tributária do Reich).

Naturalmente, interessa também o fato de que a codificação tributária alemã ocorreu no contexto histórico da consolidação do "Estado Social Fiscal", o que levou a

[2] Nesse mesmo sentido, Hensel defende que Weimar tece limites previstos a serem respeitados pelos legisladores em matéria tributária, lembrando também do art.109, que destaca a igualdade dos cidadãos alemães frente à lei, e o dever geral de que os cidadãos contribuam às cargas públicas em proporções aos seus meios e estabelecidos em lei, na Constituição de Weimar (HENSEL, 1956, p. 52-54).

[3] Segundo Paulo Bonavides "(...) são os direitos sociais, culturais e econômicos bem como os direitos coletivos ou de coletividades, introduzidos no constitucionalismo das distintas formas de Estado social, depois que germinaram por obra da ideologia e da reflexão antiliberal deste século. Nasceram abraçados ao princípio da igualdade, do qual não se podem separar, pois fazê-lo equivaleria a desmembrá-los da razão de ser que os ampara e estimula" (BONAVIDES, 2006, p. 517).

[4] Sobre os direitos fundamentais de primeira geração, Paulo Bonavides assevera: "os direitos fundamentais de primeira dimensão representam exatamente os direitos civis e políticos, que correspondem à fase inicial do constitucionalismo ocidental, mas que continuam a integrar os catálogos das Constituições atuais (apesar de contar com alguma variação de conteúdo), o que demonstra a cumulatividade das dimensões" (BONAVIDES, 2006, p. 500 e ss).

uma perspectiva de intervenção estatal direta (ou indireta) na economia e na sociedade alemã.[5]

E isso também porque a Alemanha, vencida em guerra, encontrava-se em flagrante situação de escassez econômica, política e social. Era preciso, no entanto, seja para reconstruir o país, seja para atender aos pesados compromissos financeiros firmados pelo Pacto de Versalhes, restabelecer-se financeiramente (o que foi feito através do Programa de Reforma Administrativa e Financeira, de 1918), e enfrentar os diversos problemas que contribuíram para a desestruturação de uma organização tributária, dentre os quais: a) a complexidade e a desorganização da legislação infraconstitucional tributária; b) a confusão decorrente da existência de diversas organizações administrativas destinadas à fiscalização e à arrecadação dos tributos; c) a dificuldade de reprimir abusos e fraudes fiscais; d) a crescente pressão fiscal; e) a incerteza de princípios tributários aplicáveis aos tributos alemães; f) a divergência entre a aplicação da lei por parte dos órgãos dos vários Estados; g) abusos, arbitrariedades e injustiças derivadas dessa confusão; h) e a impossibilidade de julgar adequadamente a matéria tributária sem um instrumento-base para interpretação e aplicação da lei (HENSEL, 1956, p. 01 e ss; TEODOROVICZ, 2017a, p.212 e ss).

Esses problemas contribuíram enormemente para as medidas radicais adotadas pelo Ministério do Tesouro do Reich, que, no verão de 1918, iniciou seus trabalhos para alcançar uma profunda reforma na organização formal do sistema tributário através da codificação dos princípios que regeriam a administração tributária[6], convidando Enno Becker, já na época jurista e juiz fiscal reconhecido, que foi incumbido de elaborar um projeto de codificação tributária, destinado a suprir tais dificuldades.

Após alguns meses de elaboração, o Projeto foi convertido em lei e publicado em 13 de dezembro de 1919, entrando em vigor em 23 de dezembro do mesmo ano

[5] "O Estado Social Fiscal corresponde ao aspecto financeiro do Estado Social de Direito (ou Estado de Bem-Estar Social, ou Estado Pós-liberal, ou Estado da Sociedade Industrial), que floresce no Ocidente no curso século XX (de 1919 a 1989, aproximadamente). Deixa o Estado de ser o mero garantidor das liberdades individuais e passa à intervenção na ordem econômica e social. A atividade financeira continua a se fundamentar na receita de tributos, proveniente da economia privada, mas os impostos deixam-se impregnar pela finalidade social ou extrafiscal, ao fito de desenvolver certos setores da economia ou de inibir consumos e condutas nocivas à sociedade. Pela vertente da despesa a atividade financeira se desloca para a redistribuição de rendas, através do financiamento da entrega de prestações de serviços públicos ou de bens públicos, e para a promoção do desenvolvimento econômico, pelas subvenções e subsídios. O orçamento público se expande exageradamente e o Estado Social Fiscal entra em crise financeira e orçamentária a contar do final da década de 70" (TORRES, 2005, p. 8-9). Ricardo Lobo Torres também afirmou que a expressão "Estado Fiscal" ganhou força somente a partir do período que sucedeu à Primeira Guerra Mundial (TORRES, 1991, p. 127 e ss). Sobre o "Estado Fiscal" também se sugere a leitura de José Casalta Nabais (1998, p. 191-192).

[6] Dessa forma, podem ser elencadas como uma das causas determinantes para o desenvolvimento efetivo do direito tributário alemão (Steuerrecht) a Reforma da Administração Financeira do Reich, promovida logo após o final da Primeira Guerra, e que originou no mesmo ano a criação do Tribunal Financeiro do Reich (Reichsfinanzhof-RFH), por sua vez dedicado às lides financeiras (inclusive tributárias), além de incutir a necessidade de que os juízes e fiscais tivessem uma fonte adequada de interpretação e de aplicação da lei tributária (1962, p. 383 e ss).

(BECKER; RIEWALD; KOCH, 1963, pp. v-vi; 01-06). Criava-se assim oficialmente o Código Tributário Alemão (Reichsgabenordnung - RAO).[7]-[8]

A princípio, como destacou Ezio Vanoni (1962, p. 383 e ss), o objetivo era apenas reunir em um único texto legislativo as normas, de caráter geral, contidas nas várias leis tributárias do Reich e dos Estados, para eliminar lacunas e contradições, e de oferecer à Administração Financeira instrumento idôneo para obter ingressos tributários enquanto meios necessários para superar a crise.

Mas a dificuldade financeira na qual se encontrava o Reich tinha como necessidade urgente a missão de que esse sistema alcançasse maior otimização arrecadatória, e, ao mesmo tempo, guardasse maior harmonia na Administração Financeira do Reich, estabelecendo normas gerais de interpretação e aplicação de leis fiscais, e, ao mesmo tempo "(...) evitando que os cidadãos fossem sacrificados mais do que o necessário, qual seja, combatendo a injusta distribuição de oneração e à facilidade de evasão (...)", contribuiu para que o trabalho de codificação alcançasse patamares que superavam as suas previsões iniciais (VANONI, 1962, p. 383 e ss), influenciando o desenvolvimento da então emergente literatura tributária, que passou a amadurecer-se pelas reflexões ao Código, consolidando de vez o processo disciplinar do direito tributário germânico frente aos demais ramos do conhecimento, já que, ao fornecer normas para interpretação e aplicação de juízes e autoridades fiscais, também impulsionou instrumento de reflexão – e de críticas – aos primeiros estudiosos da época (HENSEL, 1956, p. 10 e ss; TEODOROVICZ, 2017a, p. 209-250; TEODOROVICZ, 2009, p. 214 e ss)[9].

Em outras palavras, a importância histórica do Código Tributário Alemão (Reichsabgabenordnung – RAO)[10] é tamanha que Fernando Sainz de Bujanda (1975, p. 58-59) e Heinrich Wilhelm Kruse (1973, p. 01-05), indicaram que a entrada em vigor do CTA, no ano de 1919, foi o fator decisivo que impulsionaria a construção científica (e

[7] Neste aspecto pode-se afirmar que o Código Tributário Alemão apresentou uma estrutura de codificação geral, já que esse tratamento jurídico unitário de relação tributária foi possibilitado através de um ordenamento de princípios gerais sobre tributação, comuns à toda classe de impostos, e que constituiriam o embasamento jurídico do sistema fiscal. Os objetivos da Codificação Tributária Alemã, na lição de Sainz de Bujanda, eram: 1) fortalecer a independência financeira do Reich frente aos países (Länder); 2) reformar a estrutura do sistema fiscal alemão, introduzindo o imposto pessoal sobre a renda em suas duas modalidades (pessoas físicas e jurídicas) e de seu desenvolvimento. Em análise sobre à opção de política legislativa adotada pela Administração Financeira do Reich, Fernando Sainz de Bujanda fixou alguns métodos de codificação, aplicáveis à codificação tributária: 1) redação de um código geral de princípios tributários; 2) redação de códigos especiais para cada grupo de impostos ou; 3) redação de leis gerais para os distintos aspectos da imposição. Naturalmente, a opção germânica deu-se pelo sistema de código geral de princípios tributários – ainda que não tenha se limitado a eles (BUJANDA, 1975, p. 58-59).

[8] Foi consultada também a edição alemã do Código Tributário Alemão de 1919, mas já atualizada até o ano de 1941 (publicada pelo Ministério das Finanças do Reich), pois submetida às importantes alterações legislativas ocorridas em maio de 1931 e em outubro de 1934 (Steueranpassungsgesetz) (**Reichsabgabenordnung, Steueranpassungsgesetz.** Herausgegeben im Reichsfinanzministerium. Berlin: 1941).

[9] A Alemanha gradualmente procurou estabelecer um sistema cada vez mais coerente e centralizado em matéria tributária, e que lentamente, através de reformas fiscais, ocorridas, entre outras na Reforma, com a inserção de novos impostos, como o de sucessões (Reforma de Stengel de 1905-1906) e a Reforma Financeira de 1909, dedicada ao estabelecimento de um sistema de tributação indireta. Já em 1913 o Reich foi autorizado para estabelecer um imposto direto, o "tributo extraordinário para as despesas do exército" (Wehrbeitrag), o tributo ordinário incidente sobre posses (Besizsteuer), assim como de alguns tributos sobre acréscimo de valores patrimoniais (Zuwachssteuern) (VANONI, 1962, p. 383 e ss).

[10] O Código Tributário Alemão de 1919 foi traduzido na língua portuguesa por Souza Diniz (1965).

sua especialização) disciplinar do direito tributário na Europa (VANONI, 1962, p. 383 e ss).[11]

Ademais, a missão de Enno Becker, conforme atesta Ottmar Bühler (1940, p. 43-46), ao elaborar do Código Tributário Alemão, centrava-se a construir um código cuja matéria exclusivamente tributária permitisse pôr fim às confusões ocasionadas pelo "choque" com preceitos de outros ramos do direito, sobretudo, com as regras de direito privado (sobretudo decorrentes do abuso de formas do direito privado)[12], em especial de interpretação, que prejudicavam largamente as metas de arrecadação alemãs (HENSEL, 1956, p. 63-69). A inexistência de corpo único e organizado de regras tributárias dificultava sobremaneira a interpretação e a aplicação de leis tributárias por aqueles juízes, que, diante dos empecilhos fiscais proporcionados pelo conhecido "abuso de formas de direito privado", elevavam a necessidade de que se criasse corpo de normas que combatesse tais práticas e, consequentemente, viabilizasse mais recursos tributários para o Estado Alemão[13]-[14].

É importante mencionar também que o próprio Enno Becker foi influenciado por importantes doutrinadores na elaboração de seu Projeto de Código Tributário Alemão, conforme informa Kruse (1973, p. 01-05). Becker levou em consideração as exposições de Otto Mayer (1950, p. 195; 1895, p. 378 e ss), Fritz Fleiner (1933, p. 252 e ss), bem como a obra *System der Rechtsgeschäftlichen Staatsakte* (Berlim, 1910), de Karl Kormann (1910, p. v e ss) (TEODOROVICZ, 2017a, p. 209-250; TEODOROVICZ, 2009, p. 214 e ss).

Neste aspecto pode afirmar-se o CTA (Código Tributário Alemão) constituiu uma estrutura de codificação geral[15], já que esse tratamento jurídico unitário de relação

[11] A Alemanha, após perder a Primeira Guerra Mundial, submeteu-se a pesados encargos financeiros, sobretudo vinculados ao Tratado de Versalhes, somando-se a essa dívida a destruição econômica, social e política alemã proporcionada pela Guerra. Portanto, a Alemanha posterior à Primeira Guerra era país em Estado de Emergência, e altamente necessidade de recursos financeiros (e tributários) (BUJANDA, 1975, p. 58-59).

[12] Para uma contextualização acerca das peculiaridades ocasionadas pelas doutrinas da interpretação das leis tributárias e o combate ao abuso de formas do direito privado que impulsionou a criação do CTA (Código Tributário Alemão), sugere-se a leitura de Brandão Machado (1993, p. 05-31).

[13] Conforme anota Hensel, no relato da evolução das reformas fiscais germânicas, é possível observar que mesmo após a criação do Código Tributário do Reich, sucessivas reformas fiscais foram impostas ao povo alemão, sempre majorando as imposições fiscais. Como assevera Hensel (1956, p. 16-25), o desenvolvimento da legislação tributária alemã passa por períodos de estabilidade alternados por instabilidade, situação que apesar dos planos otimistas de Hensel, mudaria nos anos seguintes.

[14] Nesse período também se elevam os *"Comentários ao Código Tributário Alemão (Kommentar zur Reichsabgabenordnung)",* de Enno Becker, constituindo uma das principais referências ao desenvolvimento literário alemão (seja pelo apoio ou pela crítica, como se observa em Kurt Ball e Hans Nawiasky, respectivamente), fornecendo também importante suporte interpretativo para a jurisprudência fiscal da época. Em verdade, Enno Becker editou, em vida, e sucessivamente (com atualizações, revisões e ampliações), sete edições de seus Comentários ao Código Tributário Alemão, até o ano de seu falecimento (1940). Posteriormente, os Comentários foram republicados, mas atualizados e ampliados por outros autores (mantendo, em boa parte, o conteúdo das últimas edições publicadas em vida por Becker, mas incluindo comentários próprios dos autores, sobretudo sobre inovações legislativas posteriores à morte de Becker). Consultou-se, no presente estudo, a nona edição, já a cargo também de Alfred Riewald e Carl Koch, finalizada em 1962, mas publicada em 1963, já sob a égide da Lei Básica de Bonn (1949) e, portanto, em outro contexto histórico do processo disciplinar do Direito Tributário Germânico (BECKER, RIEWALD; KOCH, 1941, pp. v-vi; 01-06). Sobre as posições doutrinárias (favoráveis ou não) sobre alguns dispositivos do Código Tributário Alemão, também se recomenda a leitura de Hans Nawiasky (1982, p. 01 e ss) e Kurt Ball (1924, p. 01-12; 98-130; 142 e ss).

[15] Em síntese, o Código tributário alemão seguiu a seguinte estrutura geral: nas disposições introdutórias (Seção I) o parágrafo 1º (itens, I, II e III) estabelece o núcleo tributário fundamental: Impostos (Steuern); "direitos aduaneiros" (Zôlle), as taxas (Gebühren) por serviços particulares de administração, bem como as contribuições (encargos privilegiados – Vorzugslasten). A lei, para o Código Tributário Alemão (§2) é toda norma de direito, bem como suas leis tributárias específicas. A Seção II das Disposições introdutórias estabeleceu o âmbito de aplicação do RAO e de outras leis tributárias (§§3 a 16). Passando pelas disposições introdutórias, encontra-se a "Primeira Parte" do CTA, intitulada como "Autoridades Administrativas", e referindo-se às disposições fundamentais relativas às principais instituições administrativo-fiscais da época. Já a Segunda Parte do CTA

tributária foi possibilitado através de um ordenamento de princípios gerais sobre tributação, comuns à toda classe de impostos, e que constituiriam o embasamento jurídico do sistema fiscal, contribuindo para a centralização administrativa no que tange também à fiscalização, à administração e à arrecadação dos tributos (BUJANDA, 1975, p. 58-59; VANONI, 1962, p. 383 e ss).

Posteriormente, o CTA sofreu modificações em 1931, ao passo que, em 1934, entrou em vigor a Lei de Adaptação Fiscal (SteuerAnpassungsGesetz), com o objetivo de esclarecer, especificar ou mesmo afastar determinados dispositivos considerados "problemáticos" pela doutrina e jurisprudência alemã[16].

Tanto a RAO como a Lei de Adaptação Fiscal, que modificou a primeira, influenciaram o fenômeno codificador em outros países, seja na Europa ou na América Latina, que seguiram em maior ou menor parte a estrutura metodológica daquelas Leis (com adaptações) (TEODOROVICZ, 2017a, p. 209-250; TEODOROVICZ, 2009, p. 214 e ss).

Além disso, os debates doutrinários e jurisprudenciais sobre determinados assuntos versados sobre a RAO e a Lei de Adaptação Fiscal também repercutiram e impulsionaram o desenvolvimento da literatura tributária e da legislação europeia posterior (BECKER; RIEWALD; KOCH, 1963, p. 01-06)[17], a exemplo das tentativas codificadoras na Itália (que não se concretizaram), assim como na França, que originalmente organizou-se por códigos tributários parciais, a partir de 1934, que, posteriormente reunidos levaram à promulgação do "Código Geral dos Impostos", em 1950 (BALEEIRO, 1973, p. 29-30), bem como na Espanha, com a criação da Lei Geral de Impostos, em 1963.

2. A CONTRIBUIÇÃO LATINO-AMERICANA À CODIFICAÇÃO TRIBUTÁRIA

Os sistemas tributários latino-americanos conservaram entre si algumas peculiaridades comuns, fruto de uma evolução em grande parte coordenada pela codificação tributária dos países latino-americanos. Aliados a essa circunstância, somaram-se os esforços e estudos integrativos incentivados por organizações internacionais latino-americanas, tais como ALALC – Associação Latino-Americana de Livre Comércio, BID – Banco Interamericano de Desenvolvimento, OEA – Organização dos Estados Americanos, e CEPAL – Comissão Econômica para a América Latina e

(Imposição), na Seção I (Disposições Gerais) previu as normas referentes ao "Processamento da Imposição" no Território Alemão. Já na Seção II da Segunda Parte, estavam previstas as disposições sobre matéria de fato (pressuposto de fato), qual seja, tratando de temas como a pretensão fiscal, ao nascimento e o vencimento dessa pretensão, ao passo que na Seção III estão previstos os dispositivos relativos à determinação e fixação do imposto. Na Seção IV – temos disposições sobre o procedimento relativo à Execução de obrigação fiscal não paga (§§ 325 a 381). A Seção V trata do Processo de Repartição (§§ 382 a 389) e de Atribuição (§§390) dos valores de impostos pagos. A terceira – e última parte – trata do Direito Penal e Processo Penal – aplicável ao CTA (§§391 a §§ 420 e ss), na parte I, referente ao Processo Administrativo (§§ 421 a 460), e ao Processo Judiciário – Subseção III – (§§ 461 a 477). Por fim, as disposições transitórias e finais estão previstas nos §§ 478 a 488). Em suma, esta é a estrutura geral do Código Tributário de 1919 traduzido em língua portuguesa por Souza Diniz (1965).

[16] Lei de Adaptação Fiscal de 1934, traduzida em língua portuguesa por Souza Diniz (1965).

[17] Posteriormente, o Código Tributário do Reich foi retirado do ordenamento jurídico e, substituído pelo Código Tributário Alemão (AbgabenOrdnung), em 1977 (Novo Código Tributário Alemão (AO – 1977), 1978)., que apresentava redação melhor ordenada e sistematizada. A codificação alemã influenciou o movimento codificador em países europeus, sobretudo, mas também impulsionou semelhante efeito na América Latina.

Caribe, especialmente a partir da Segunda Guerra Mundial (TEODOROVICZ, 2017a, p. 209-250; TEODOROVICZ, 2009, p. 214 e ss; TEODOROVICZ, 2012, p. 97 e ss; TEODOROVICZ, 2017b, p. 342-370).

Tanto o movimento codificador dos sistemas tributários latino-americanos, como a integração econômica regional, inspiram-se na experiência codificadora europeia (VALDÉS COSTA, 1984, p. 241-242), que influenciou largamente as primeiras tentativas de codificação na América Latina, que teve no México - 1938 -, Argentina -1942 -, 1953 no Brasil, e em 1957 no Uruguai, seus primeiros exemplos (VALDÉS COSTA, 1984, p. 241-242).

A primeira codificação latino-americana entrou em vigor no México[18], no ano de 1938, fruto de compilação de legislações anteriores bem como da ideia de reordená-las e apresentá-las como uma estrutura harmônica e simplificada.

O Código Tributário Mexicano também foi influenciado pelo autor italiano Mário Pugliese, cuja obra "Instituições de Direito Financeiro" (PUGLIÈSE, 1939) teve grande repercussão naquele país, e influenciou diretamente a estrutura do Código e de legislações posteriores. Basicamente, suas principais influências, além das doutrinárias, foram o Código Tributário Alemão de 1919 e a Lei de Adaptação Fiscal alemã.

Na Argentina, na década de quarenta, Giuliani Fonrouge elabora seu Anteprojeto de Código Fiscal para a Argentina[19], fruto do convencimento do autor sobre a necessidade de criação de um Tribunal Fiscal para julgar as lides tributárias. Percebe-se que a criação de tribunais especializados em matéria fiscal era sempre um dos pilares da consolidação codificadora. O objetivo de Fonrouge, nesse sentido, foi o de positivar um guia de princípios e regras gerais para a interpretação dos magistrados que eventualmente formariam o Tribunal Fiscal argentino especializado[20].

Em 1958, no Uruguai, uma comissão mista de professores, funcionários e profissionais, presidida por Ramón Valdés Costa, recebeu a tarefa de elaborar um Anteprojeto de Código Tributário Uruguaio (TEODOROVICZ, 2017a, p. 209-250; TEODOROVICZ, 2009, p. 214 e ss; TEODOROVICZ, 2012, p. 97 e ss; TEODOROVICZ, 2017b, p. 342-370).

Na sequência, foi criado o Modelo de Código Tributário para a América Latina, em 1970, representando o esforço integrativo latino-americano, para viabilizar maior harmonização tributária entre seus membros.[21]

[18] O Código Tributário Mexicano de 1938 foi traduzido na língua portuguesa por Souza Diniz (1965).

[19] Ademais, o Código Fiscal argentino foi influenciado tanto pelo Código Tributário do Reich, e alterações posteriores, como pelo Código Tributário Mexicano, muito embora tenha ocorrido expressa preferência pelo primeiro. Porém, adiante-se que o Anteprojeto nunca foi aprovado, tornando o trabalho de Fonrouge apenas referência doutrinária, ainda que de grande valor, e ainda assim influenciando diversos movimentos codificadores na América Latina, inclusive a codificação tributária brasileira (FONROUGE, 1942).

[20] Sobre a influência do Modelo de Código Tributário para a América Latina, bem como do Anteprojeto de Giuliani Fonrouge na elaboração do Anteprojeto de Código Tributário Nacional (1953), base para o Projeto de Código Tributário Nacional (1954), do qual se originaria o Código Tributário Nacional de 1966, sugere-se o testemunho de Rubens Gomes de Sousa sobre a influência de Ramón Valdés Costa e Giuliani Fonrouge em seu trabalho (SOUSA, 1973, p. 09 e ss).

[21] "Simultaneamente, dá-se na Argentina a aprovação de Códigos Tributários provinciais que seguem o exemplo do de Buenos Aires, obra notoriamente influenciada por Dino Jarach. A estes se acrescenta a lei nacional, de caráter geral – e portanto assimilável a um código, como a Lei Geral Tributária Espanhola – que, com modificações não-fundamentais, perdura com a sua numeração original de 11.683, sobre a qual influiu o destacado jurista argentino Jorge Tejerina" (VALDÉS COSTA, 1984, p. 241-243).

Nesse sentido, a Associação Latino-Americana de Livre Comércio, visualizando a necessidade de maior integração econômica regional entre os países latino-americanos, produziu, na década de sessenta, em conjunto com a Organização dos Estados Americanos (OEA) e o Banco Interamericano de Desenvolvimento (BID), o Programa Conjunto de Tributação, cuja meta principal seria a de promover uma planificação ou harmonização legislativa dos sistemas tributários latino-americanos. Dentre várias medidas analisadas pelo Programa Conjunto de Tributação, uma delas em especial mereceu destaque pela sólida contribuição ao aperfeiçoamento dos sistemas tributários latino-americanos, qual seja a criação de um "Modelo de Código Tributário para a América Latina", que foi organizado por Giuliani Fonrouge, Ramón Valdés Costa e Rubens Gomes de Sousa, estruturado no ano de 1967 (VALDÉS COSTA, 1984, p. 241-242), e buscando servir de referência enquanto norma geral tributária para os países latino-americanos, facilitando assim a maior harmonização dos sistemas tributários nacionais.

Na época da elaboração do Modelo, dois caminhos estratégicos foram traçados, segundo Henry Tilbery: a) a codificação que se limitaria a dispor de conjunto de normas substanciais gerais e processuais de caráter geral; b) elaborar-se-ia uma codificação sobre dispositivos específicos relacionados aos tributos que integram os sistemas tributários (TILBERY, 1971, p. 145).

A primeira opção foi escolhida pelos elaboradores, buscando apenas inicialmente traçar a estrutura de um código de normas tributárias fixadas em princípios e conceitos gerais aplicáveis[22], mas comprometendo-se no futuro a traçar um novo modelo, mais específico (embora nunca tenha sido concretizado) (TILBERY, 1971, p. 145-146).

De qualquer forma, a etapa final do Programa de Tributação para a América Latina consistia na elaboração de um estudo comparado entre os Códigos Tributários vigentes à época e as disposições previstas no "Modelo". Esse estudo comparativo foi publicado pela Associação Latino-Americana de Livre Comércio, por intermédio da Secretaria Geral da Organização dos Estados Americanos – OEA, como parte derradeira do Programa Conjunto de Tributação OEA/BID. O estudo comparado foi idealizado pela 1º Reunião dos Diretores da Tributação nos países da ALALC, no ano de 1969, que entenderam pela necessidade de que os países membros realizassem uma pesquisa comparativa entre seus próprios sistemas tributários e as disposições previstas no Modelo.

O trabalho comparativo foi devidamente executado pelos diversos países membros e publicado em 19 de maio de 1970, sob o título "Análise Comparativa das Normas Substantivas do Modelo de Código Tributário com as dos Códigos Vigentes

[22] O Modelo de Código Tributário para a América Latina foi estruturado em dezessete pontos específicos: 1) Âmbito de Aplicação e Fontes do Direito Tributário (arts 1-12); 2) Conceito e Categorias de Tributos (arts. 13-17); 3) Conceito e Elementos da Obrigação Tributária (arts.18-20); 4) Sujeitos Ativos (art.21); 5) Sujeitos Passivos (arts.22-31); 6) Domicílio Tributário (arts.32-36); 7) Fato Gerador (art.37-40); 8) Meios de Extinção (art. 41); 9) Pagamento (arts. 42-47); 10) Compensação (arts.48-50); 11) Transação (arts.51 e 52); 12) Confusão (art.53); 13) Remissão (art.54); 14) Prescrição (art.55-60); 15) Juros (art.61-62); 16) Privilégios (arts. 63 a 64); 17) Isenção (arts.65-68) (Associação Latino-Americana de Livre Comércio, 1970).

nos Países-Membros da ALALC" (Associação Latino-Americana de Livre Comércio, 1970, 237-330), sendo publicado no Brasil por Ruy Barbosa Nogueira (1971).

Infelizmente, apesar da intenção expressa de elaboração do Segundo Modelo de Código Tributário voltado especialmente para dispositivos específicos sobre as classificações de espécies tributárias e seus regimes, em uma segunda fase da harmonização tributária latino-americana, nunca chegou a ser concretizada, pelo menos pelo Programa Conjunto de Tributação da OEA/BID (TEODOROVICZ, 2017a, p. 209-250; TEODOROVICZ, 2009, p. 214 e ss; TEODOROVICZ, 2012, p. 97 e ss; TEODOROVICZ, 2017b, p. 342-370).

Apesar disso, o esforço codificador persistiu dando frutos na experiência latino-americana integrativa, mesmo após o Programa Conjunto de Tributação da OEA/BID.

O CIAT (Centro Interamericano de Administrações Tributárias), entidade formada pelas administrações tributárias dos países da América Latina, propôs diferentes iniciativas integrativas, a exemplo do Modelo de Acordos para Trocas Recíprocas de Informações Tributárias (2008) e do Modelo de Código de Conduta do CIAT, aprovada em 2005, pretendendo ser um guia geral de conduta para os países membros do CIAT (TEODOROVICZ, 2017b, p. 358-369).

Nessa linha, e também fruto desse esforço integrativo, o CIAT elaborou um Modelo de Código Tributário, em 1997, destinando-se a aprofundar pontos que não haviam sido delimitados pelo Modelo de Código Tributário para a América Latina da OEA/BID, anteriormente mencionado, com a proposta de criar um modelo cujo tratamento em matéria tributária fosse exaustivo, e construindo alicerce seguro para sua inserção gradativa nos países membros (Centro Interamericano de Administrações Tributárias, 1997)[23].

Aspecto interessante das exposições preliminares que integram o documento relativo ao Modelo de Código Tributário está na expressa citação das fontes inspiradoras da sua elaboração (TEODOROVICZ, 2017b, p. 358-369).

Na elaboração do Modelo foram considerados, respectivamente: a) as necessidades normativas verificadas nos países da América Latina através das atividades desenvolvidas pelo CIAT; b) os antecedentes normativos dentre os quais são citados: b.1) os direitos tributários positivos dos países membros; b.2) o Modelo de Código Tributário para América Latina OEA/BID; b.3) A Lei Geral Tributária da Espanha; b.4) Ordenação Tributária Alemã (Centro Interamericano de Administrações Tributárias, 1997, p. 04-05; TEODOROVICZ, 2017b, p. 358-369).

Assim, ao lado das experiências integrativas latino-americanas, pode-se antecipar que esses esforços codificadores estrangeiros influenciaram decisivamente a posterior estruturação do direito tributário brasileiro.

[23] A intenção de elaborar um novo modelo de Código Tributário para servir de orientação aos ordenamentos jurídicos nacionais foi originada pelos intercâmbios entre as diversas administrações tributárias nacionais, a organização de eventos temáticos e a verificação de problemas comuns que atingiam o funcionamento da estrutura tributária de cada país. Certamente a intenção expressa do CIAT foi organizar os dispositivos atinentes à regulação da relação jurídica que envolvia contribuinte e fisco. Essa intenção é manifestada – sobretudo – na verificação de enorme quantidade de dispositivos relativos à temática administrativo-tributária - direito tributário formal – que ganha grande espaço no modelo do CIAT (AYALA, 1997, p. 01 e ss; TEODOROVICZ, 2017b, p. 358-369).

3. O PROCESSO DE CODIFICAÇÃO DO DIREITO TRIBUTÁRIO BRASILEIRO

Em 1953, Rubens Gomes de Sousa, no Brasil, elaborou seu Anteprojeto de Código Tributário Nacional, que foi encaminhado e aprovado enquanto Projeto de Código Tributário Nacional em 1954[24], por influência de Aliomar Baleeiro, que, tendo notícia de que Rubens havia escrito a próprio punho um Anteprojeto (à semelhança de Fonrouge, na Argentina, em 1942), pediu-o para enviá-lo. Foi o próprio Aliomar Baleeiro que se incumbiu de apresentá-lo à votação do Congresso (TEODOROVICZ, 2017a, p. 209-250).

O Anteprojeto torna-se Projeto de Código Tributário Nacional, e foi encaminhado à Câmara dos Deputados pela Mensagem n.373/54 do Poder Executivo (Diário do Congresso Nacional, seção I, de 7-9-54, página 6071), com clara perspectiva de constituir-se na emanação das normas gerais tão almejada em matéria tributária, e cuja abertura constitucional já havia sido fornecida pela Constituição de 1946, no art. 5º, n. XV, alínea "b", ao atribuir competência da União para legislar sobre "normas gerais de direito financeiro".

Tendo em vista esse dispositivo, foi nomeada uma Comissão Especial formada por técnicos e funcionários da Receita para elaborar o Código Tributário Nacional, utilizando como base o Anteprojeto de autoria de Rubens Gomes de Sousa e designada pelo então Ministro da Fazenda (Osvaldo Aranha).

Essa Comissão Especial foi composta pelos seguintes nomes: Afonso Almiro Ribeiro da Costa, Pedro Teixeira Soares Júnior, Gerson Augusto da Silva e Romeu Gibson. A Presidência da Comissão Especial foi atribuída ao Ministro de Estado dos Negócios da Fazenda, simbolizando a conscientização e o esforço governamental para viabilizar a codificação de normas gerais de direito tributário, em face das relevantes razões que motivavam a sua elaboração (TEODOROVICZ, 2017a, p. 209-250).

Os integrantes da Comissão Especial tiveram a missão de, a partir do Anteprojeto de Rubens Gomes de Sousa (e que também foi incumbido de ser o relator geral do Relatório enviado à Comissão Especial nomeada pelo Ministro da Fazenda para elaborar o Projeto de Código Tributário Nacional) do mesmo ano, e aproveitando a colaboração de entidades e pessoas que não pertenciam aos quadros da administração pública, elaborar um Projeto de Código Tributário Nacional, encaminhado em 1954 para ser debatido pelo Plenário do Congresso Nacional (SOUSA, 1954, 81-86).[25]

Recorda-se também que a revisão do Anteprojeto de Código Tributário Nacional teve como característica ser democrático no sentido de aceitar apontamentos oriundos dos diversos setores da sociedade, e absorvendo complementos produzidos por especialistas na época, como é o caso do notável Parecer elaborado pela Comissão Especial do Instituto Brasileiro de Direito Financeiro, composta por Tito Rezende (Presidente), Carlos da Rocha Guimarães, Eduardo Lopes Rodrigues, Jayme Péricles e

[24] O Projeto de Código Tributário Nacional de 1954 foi republicado por Souza Diniz (1965).

[25] "E assim, a metodologia para a conversão do Anteprojeto em Projeto de Código Tributário Nacional passou, na definição de cada imposto buscou atentar para o direito positivo vigente "com as adequações rigorosamente indispensáveis do ponto de vista constitucional e sòmente em caráter supletivo ou complementar recorreu ao subsídio da doutrina" (SOUSA, 1954, p. 89).

Gilberto Ulhôa Canto, sobre o Anteprojeto de Código Tributário Brasileiro (TEODOROVICZ, 2017a, p. 209-250).

A Comissão Especial recebeu os apontamentos desses experts e deliberaram, uma a uma, todas as sugestões, o que resultou em importantes alterações já na composição do Projeto de Código Tributário Nacional.

Esse esforço, conforme já esboçado por Osvaldo Aranha, no que tange à conceituação dos impostos específicos, seguiu-se à risca a regra geral de estruturá-los, defini-los e diferenciá-los exclusivamente a partir de seus respectivos fatos geradores, com eventual e restrita menção a outros elementos ("ùnicamente quando essenciais ao conceito ou necessários para impedir sua descaracterização"), como base de cálculo ou a pessoa do contribuinte, por exemplo (SOUSA, 1954, p. 115).

Rubens Gomes de Sousa, ainda, dentre as obras literárias que influenciaram o Anteprojeto, cita expressamente a o trabalho sobre tributação da renda de Quarta (Commento alle leggi sull'imposta di ricchezza Mobile, 2 Ed., 2/109), além do estudo elaborado pelo próprio Rubens Gomes de Sousa em coautoria com Tullio Ascarelli e Pereira de Almeida (Lucros Extraordinários e Imposto de Renda, 1944, p.128), sobre o imposto sobre lucros extraordinários e sobre o Imposto de Renda (SOUSA, 1954, p. 81)[26].

O Projeto Código Tributário Brasileiro ou "Projeto de lei n. 4834, de 1954, publicado no Diário do Congresso de 7-9-1954" (1954, 17-79), ressalve-se, foi severamente modificado no que tange ao conteúdo já delineado no Anteprojeto de Código Tributário Brasileiro, de 1953, acrescido das sugestões e das alterações promovidas pela Comissão Especial, bem como pelos debates do Congresso, e a recepção de sugestões enviadas por diversos especialistas na matéria (Projeto de Código Tributário Nacional, 1954, p. 17-79). As alterações submetidas ao Anteprojeto foram feitas em duas fases, que levaram aproximadamente 8 meses de discussões[27].

[26] Conforme relata Rubens Gomes de Sousa: "Das sugestões oferecidas aos arts.137 e 138 do anteprojeto, foi aceita a de n.20, quanto á colocação do dispositivo; e rejeitadas as de números 727, 728, 918 e 920, porque o tratamento dado ao assunto corresponde ao sistema do Projeto quanto à interpretação econômica da lei tributária e dos atos tributados, bem como à natureza própria dos tributos a que se refere. A sugestão 919 ficou atendida em termos na redação adotada para o §2ª do art.83" (SOUSA, 1954, p.192-193).

[27] Conforme relata Osvaldo Aranha: "Designada a Comissão e definidas suas atribuições por Portaria Ministerial, e divulgado o Anteprojeto no Diário Oficial e em avulso amplamente distribuído em todo o país, iniciou aquela, imediatamente, suas atividades, que se desenvolveram sem interrupção através de 70 reuniões realizadas num período de oito meses. Em uma primeira fase de seus trabalhos, a Comissão, no período de setembro a dezembro de 1953, coincidente com o prazo fixado para a apresentação de sugestões, examinou o texto do Anteprojeto artigo por artigo, confrontando-o com a legislação vigente e analisando-o à luz dos subsídios de doutrina, de jurisprudência de direito comparado de que dispunha. Concomitantemente, procurou a Comissão, através de palestras e reuniões de debates realizadas por seus membros nas diferentes regiões geoeconômicas do país, estreitar contato com as autoridades fazendárias, com as entidades representativas dos contribuintes e com as associações culturais e os estudiosos da matéria, visando, de modo mais direto, sentir suas aspirações e receber sua colaboração. A segunda fase dos trabalhos, de janeiro a abril de 1954, foi ocupada por um novo exame integral do Anteprojeto, já então com as alterações propostas na primeira, para estudo individual de cada uma das 1152 sugestões recebidas, classificadas pelos dispositivos a que se referiam. Concluída essa fase, a Comissão designou como Relator Geral o Professor Rubens Gomes de Sousa e, no decurso do mês de maio de 1954, discutiu e votou o texto definitivo do Projeto e a justificação individual de seus artigos, constante no Relatório anexo a esta Exposição de Motivos" (ARANHA, 1954, pp.1-17; 14-15).

3.1 ANTECEDENTES NACIONAIS E AS INFLUÊNCIAS DO ANTEPROJETO E DO PROJETO DE CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL

Na Exposição de motivos do então Ministro da Fazenda Osvaldo Aranha (1954, p. 01-17), a influência do Anteprojeto e do Projeto de Código Tributário Brasileiro remete-se indiscutivelmente à Reichsabgabenordnung alemã, em seu texto original de 1919 (e, portanto, anterior às alterações promovidas pela influência de ideologias políticas, leia-se o nazismo). Em semelhante patamar Osvaldo Aranha coloca também o Código Fiscal Mexicano, de 1938, e o Código Fiscal da Província de Buenos Aires, de 1948, de autoria de Dino Jarach (SOUSA, 1954, p. 99).

Outros ordenamentos (ainda que com caráter apenas parcial de códigos), mas que consolidaram a legislação vigente, contendo por vezes princípios gerais, e, em outros casos, restrições a aspectos específicos das leis tributárias, foram lembrados: a) o Código Geral de Impostos da França, de 1949; b) o Código de Rendas Internas dos Estados Unidos da América; c) e a Lei Federal Argentina de 1949 sobre normas gerais de arrecadação dos impostos internos (TEODOROVICZ, 2017a, p. 209-250).

Naturalmente, o Anteprojeto de Código Fiscal da Argentina, de 1942, embora não vertido em lei, pelo alto valor doutrinário inserido por Giuliani Fonrouge, também serviu de inspiração às modificações do Anteprojeto, além do projeto de codificação do direito fiscal federal suíço, de autoria de Ernst Blumenstein, que permaneceu inédito com o falecimento deste autor; dos trabalhos da Comissão encarregada de codificar e de consolidar a legislação sobre o imposto de renda na Grã-Bretanha, publicados em 1936 e em 1951; bem como de dois trabalhos brasileiros: a) Anteprojeto de Código Tributário e Fiscal para os Municípios, elaborado pela Diretoria das Prefeituras Municipais do Estado do Rio Grande do Sul e; b) o Anteprojeto de Código Tributário do mesmo Estado, de autoria de Gervásio da Luz (Porto Alegre, 1952) (SOUSA, 1954, p. 99).

Interessante mencionar que, embora o esforço codificador tivesse nascimento a partir do hercúleo trabalho de Rubens Gomes de Sousa, a inspiração codificadora já alçava seus primeiros passos na doutrina brasileira (SOUSA, 1954, p. 82-85), conforme se observa no reconhecimento dado por Rubens Gomes de Sousa aos apontamentos antecedentes de Aristides Milton, Barbalho, Rui Barbosa, Amaro Cavalcanti, bem como ao projeto de codificação financeira elaborado em 1902 por Alfredo Varela, seguindo-se, cronologicamente, ao Código de Contabilidade Pública de Dídimo da Veiga, decretado em 1922, ainda que esses se limitassem a aspectos técnicos e administrativos da atividade financeira estatal[28].

[28] Os problemas gerados de natureza tributária foram levantados pela Segunda Conferência de Técnicos em Contabilidade Pública e Assuntos Fazendários, em 1940, que se harmonizou no sentido da necessidade da criação de um conjunto sistemático de normas gerais, (segundo Rubens Gomes Sousa, a primeira vez em que essa expressão foi utilizada em documento oficial (Anais, p.485). Dessa Conferência resultou a convocação da Primeira Conferência Nacional de Legislação Tributária, onde o problema da codificação também foi levantado, com ideias relativas à uma concepção "mais orgânica, suscetível de lhe emprestar influência sobre os estudos posteriores, na tese apresentada pela Delegação de São Paulo" (Subsídios para o Melhor aproveitamento dos Sistemas Tributários dos Estados de São Paulo, 1941) (TEODOROVICZ, 2017a, p. 209-250; TEODOROVICZ, 2009, p. 214 e ss).

Isso porque nessa época os trabalhos favoráveis à codificação tributária já passavam a brotar nas revistas especializadas. É o exemplo do trabalho de Paulo Barbosa de Campos Filho (1946, p. 45-69), sobre a "Codificação do Direito Tributário Brasileiro", e publicada na Revista de Direito Administrativo, que já antevia a necessidade de um Código que conseguisse alcançar a estrutura de um código unitário geral, frente à diversidade de códigos locais, buscando o reconhecimento da necessidade de estruturação de princípios comuns e observáveis à todas as legislações tributárias. Para esse autor, segundo também relata Rubens Gomes de Sousa (SOUSA, 1943, p. 01-08), tratar-se-ia "(...), assim, de uma lei orgânica fiscal, aplicável por igual aos três níveis de governo, que continuaria a legislar sobre os seus próprios tributos, cada qual, porém, com estrita observância daqueles princípios comuns por eles traçados, que imprimiriam ao conjunto a desejada uniformidade" (FILHO, 1946, p. 45- 69; SOUSA, 1954, p. 192-193).

Ainda, como se sabe, com o feliz advento da alínea "b" do inciso XV do art. 5ª, da Constituição de 1946, atribuiu-se à União a competência para legislar normas gerais de direito financeiro, ainda que sem prejuízo de competência suplementar ou complementar aos Estados (artigo 6ª da Constituição) (TEODOROVICZ, 2017a, p. 209-250).

Segundo reconhece o próprio Rubens Gomes de Sousa, recordando afirmação de Aliomar Baleeiro, naquele dispositivo restaria a "gênese" da futura codificação do direito financeiro e tributário[29] (inclusive escrevendo o artigo "Codificação do Direito Financeiro", em Carvalho Santos, Repertório Enciclopédico do Direito Brasileiro, 9/103).

Não é por acaso que o sentimento da necessidade de uma futura organização da legislação tributária, ao nível de um corpo de regras e princípios nacionais, já se fazia sentir antes mesmo de 1946, como revela Rubens Gomes de Sousa:

> Os apelos ao Governo para sua efetivação, já implícitos, antes mesmo de 1946, nas conclusões da Primeira Conferência Nacional das Classes Produtoras (Therezópolis 1945), multiplicam-se depois da inclusão do seu fundamento constitucional; merecem, por suas origens, especial menção o apresentado pela Segunda Conferência Nacional das Classes Produtoras (Araxá, 1949) e os incluídos nas reivindicações formuladas pelo Primeiro e pelo Segundo Congressos Nacionais formuladas pelo Primeiro e pelo Segundo Congresso Nacionais dos Municípios Brasileiros (Petrópolis 1950 e São Vicente, 1952), sem esquecer os trabalhos da Associação Brasileira de Municípios (Afonso Almiro, "A Constituição e o Código Tributário Nacional", Revista do serviço público, n.3 de 1946) (SOUSA, 1954, p. 192-193).

Tais apelos mencionados por Gomes de Sousa acabaram obtendo resposta do Governo na época, demonstrando consciência do problema e comprometimento para com sua resolução.

[29] Aliomar Baleeiro, "Codificação do direito financeiro", em Carvalho Santos, Repertório Enciclopédico do Direito Brasileiro, 9/103. Esse trabalho também foi mencionado por SOUSA, 1954, p.192-193).

3.2 A ESTRUTURA GERAL DO "ANTEPROJETO" (1953), DE AUTORIA DE RUBENS GOMES DE SOUSA[30]

O Anteprojeto elaborado por Rubens Gomes de Sousa possuía lista de artigos muito mais extensa que o Projeto que surgiu de sua revisão. Possuindo 454 artigos (mais que o dobro da versão final do Código Tributário Nacional), expressava nítidas influências das experiências codificadoras estrangeiras, notadamente o Código Tributário Alemão (1919), a Lei de Adaptação Fiscal (1934), o Código Tributário Mexicano (1938) e o Anteprojeto de Código Fiscal elaborado por Giuliani Fonrouge (1942), lembrando que a estrutura do Anteprojeto apresentava bastante fidelidade à estrutura do Código Tributário Alemão (1919), mas também permeado pela influência dos demais instrumentos acima citados (TEODOROVICZ, 2017a, p. 209-250).

Assim, o artigo 1ª, incluiu a disposição preliminar que explicava o fundamento constitucional do Anteprojeto (art.5, VI, b, CF/46). Não é por acaso que o primeiro Livro (Livro I) dispôs no Título I sobre a competência tributária (at.2ª), a indelegabilidade e suas exceções (art.3ª), ao passo que o Título II tratou das limitações da competência tributária (a exemplo dos princípios e das imunidades, previstos nos arts. 4º a 15), e o Título III, previu as "participações na arrecadação" (art.16 a 22), apresentando as discriminações de rendas tributárias entre os entes tributantes.

Já os livros seguintes buscaram seguir o delineamento dos conceitos jurídicos tributários fundamentais, a exemplo do conceito[31] e classificação de tributos (e suas espécies, como é o caso do Livro II, nos seus títulos I (disposições gerais)[32] e II[33], ao tratar dos impostos e outras espécies tributárias. Naturalmente, o tratamento das fontes do direito tributário também foi exposto, conforme se observa no Livro III, ao tratar da legislação tributária[34].

Com semelhante atenção ao exemplo exterior, a preocupação com os métodos de interpretação e integração das leis tributárias acabou objeto do Título III, que trouxe os dispositivos atinentes à interpretação e à integração da legislação (art.128 a 138), e

[30] O texto integral do Anteprojeto analisado neste estudo pode ser consultado em: SOUSA, 1954, p.265-405.

[31] Vale destacar a interessante proposta de conceito de tributo, substancialmente diferente da versão final, e mais prolixa: "art. 23. Tributo é toda exação instituída em lei pela União, pelos Estados, pelo Distrito Federal ou pelos Municípios, em benefício da Fazenda Pública respectiva, para obtenção, nos termos previstos na referida lei, de receita proveniente das pessoas naturais ou jurídicas a que se refere o art.139, destinada ao custeio de atividades gerais ou especiais de sua competência ou atribuição em seu caráter de pessoa jurídica de direito público interno."

[32] O Livro II tratou sobre os "Tributos", e no Título I (disposições gerais) trouxe proposta de conceituação do tributo (art.23), a classificação dos tributos em extraordinários, ordinários e adicionais (art.24), assim como a natureza jurídica do tributo (art.25), o caráter pessoal dos tributos, sempre que possível, conforme a capacidade econômica do contribuinte (art.26), e expressa disposição de aplicação dos dispositivos do Anteprojeto aos "empréstimos de subscrição compulsória" (atuais empréstimos compulsórios) (art.27), e as espécies de tributos, em impostos, taxas e contribuições (art.28).

[33] Já o Título II trouxe as disposições conceituais atinentes aos impostos (art.29 a 30), as competências dos entes tributantes para instituição das respectivas materialidades de impostos (art.31 a 93), recorrendo ainda à classificação dos impostos em diretos, indiretos, reais, pessoais, de competência privativa e de competência concorrente (art.30), ao passo que o Título III trouxe disposições sobre as taxas (art.93 a 94) e o Título IV dispondo sobre as Contribuições (tributos que não sejam especificamente impostos ou taxas, segundo os arts.95 a 97), do qual seria espécie a contribuição de melhoria (art.98 a 103).

[34] O Livro III dispôs sobre a legislação tributária, tratando no Título I das leis e decretos (art.104 a 108) e dos atos administrativos de caráter administrativo (art.109 a 112), ao passo que o título II tratou da vigência da legislação tributária no espaço, no tempo e seus respectivos efeitos (art.113 a 127). Note-se que o art.125 a 127 traziam ainda o princípio da anualidade, obrigando a criação ou majoração do tributo somente mediante prévia aprovação orçamentária, em consonância com o princípio da legalidade tributária previsto no art. 104.

naturalmente, o art.129 acabou remetido ao chamado "abuso de formas" e seu combate através da interpretação econômica, ainda que não o previsse expressamente[35], ideia reforçada pelo parágrafo único do art.131[36].

Os Livros IV e V mantiveram inerente vinculação, por tratarem da problemática da obrigação tributária[37] e do crédito tributário[38], desde o nascimento da obrigação tributária (com o fato gerador) até a extinção dessa relação, e adotam, na figura do lançamento, o condão de constituir o crédito tributário.

Aliás, importante consideração deve ser feita. Até aqui o Anteprojeto de Rubens Gomes de Sousa guardou muitas semelhanças com a versão final do Projeto que seria convertida em Código Tributário Nacional. A estrutura segue praticamente idêntica entre o Anteprojeto e o Projeto, apenas variando na numeração dos dispositivos e na redação (mais sintética e simplificada), pois, como alertou Ives Gandra Martins, sobre o Anteprojeto: "A linguagem, todavia, foi revisada, visto que a genialidade de Rubens levava-o, muitas vezes, a um discurso legislativo mais prolixo e menos técnico, na busca de esclarecimentos para o maior número possível de problema que a realidade pudesse suscitar" (MARTINS, 1990, p. 25-29).

As grandes modificações trazidas ao Anteprojeto nos debates pela Comissão (e, sobretudo, a retirada de dispositivos da versão final do Projeto) ocorreram com os dispositivos abaixo listados, sobretudo referentes ao Livro VII (que trazia verdadeira codificação do direito penal tributário)[39], assim como o Livro VIII (que, por sua vez, trouxe, à semelhança do anterior, a proposta de codificação do direito tributário administrativo)[40] e o Livro IX, que simbolizava desejo antigo de Rubens Gomes de

[35] "Art.129. Salvo em se tratando de tributos incidentes sobre atos jurídicos formais e de taxas, a interpretação da legislação tributária, no que se refere à conceituação de determinado ato, fato ou situação jurídica como configurando ou não o fato gerador, e também no que se refere à determinação da alíquota aplicável, terá diretamente em vista os resultados efetivamente decorrentes do aludido ao, fato ou situação jurídica, ainda quando tais resultados não correspondam aos normais, com o objetivo de que a resultados idênticos ou equivalentes corresponda tratamento tributário igual".

[36] "Art.131. Os conceitos, formas e institutos de direito privado, a que faça referência a legislação tributária, serão aplicados segundo a sua conceituação própria, salvo quando seja expressamente alterada ou modificada pela legislação tributária. Parágrafo único. A autoridade administrativa ou judiciária competente para aplicar a legislação tributária terá em vista, independentemente da intenção das partes, mas sem prejuízo dos efeitos penais dessa intenção quando seja o caso, que a utilização de conceitos, forma e institutos do direito privado não deverá dar lugar à evasão ou redução do tributo com base nos resultados efetivos do estado de fato ou situação jurídica efetivamente ocorrente ou constituída, nos termos do art.129, quando os conceitos, formas ou institutos de direito privado utilizados pelas partes não correspondam ao legalmente ou usualmente aplicáveis à hipótese de que se tratar".

[37] Já o Livro IV trouxe os dispositivos relativos à obrigação tributária (art.139 a 142), do fato gerador (art.141), dos sujeitos ativo e passivo da obrigação tributária (art.143 a 163), domicílio fiscal (art.153) e hipóteses de responsabilidade (art.159 a 163) e capacidade jurídica tributária (art.149 a 152).

[38] O Livro V dispôs sobre o Crédito Tributário (art.164 e ss), sua constituição mediante o lançamento e suas modalidades (art. 168 a 176), as hipóteses de suspensão de exigibilidade (art.177 a 183), extinção (art.184 a 186) e suas modalidades (art.187 a 217), bem como as hipóteses de exclusão do crédito tributário (art.219 a 227, dispondo sobre isenção e anistia), assim como das garantias do crédito tributário (art. 228 a 247) ao passo que o Livro VI tratou da Administração Tributária, e, mais especificamente, sobre a fiscalização, nos artigos 248 a 259, sobre a dívida ativa, nos artigos 260 a 263, e sobre as certidões negativas, nos artigos 264 a 269.

[39] O Livro VII tratou exaustivamente de infrações e penalidades, dispondo sobre a legislação tributária punitiva (art.270 e ss), tratando das infrações (art.274 a 281), incluindo disposições sobre situações agravantes e atenuantes, além de dispor, no título III, sobre os infratores (art.282), condições de imputabilidade (art.285 a 287), punibilidade (art.288 a 290), responsabilidade penal (art.291), além das penalidades (Título IV), e suas espécies art.292), e aplicação e gradações de penalidades (art.293 a 301). Este Livro acabou severamente reduzido a poucos artigos na versão final do Código Tributário Nacional, excluindo-se quase a totalidade desses dispositivos.

[40] O Título III trouxe ainda, nos art.302 e seguintes princípios próprios (art.305), com previsão dos órgãos de processamento e julgamento ("autoridades processuais", art.306 e ss), dentre os quais, a previsão de Conselhos Regionais de Justiça Tributária (art.310 a 315), do Conselho Superior de Justiça Tributária (art.316 e 317), das

Sousa, ao ver criada no Brasil autêntica justiça tributária (embora não tenha incluído proposta de criação de Tribunal Judicial Fiscal nesses dispositivos), inclusive prevendo exaustivamente o rito do processo de execução fiscal[41].

Por fim é importante lembrar que Rubens Gomes de Sousa chegou a propor, ao final de seu Anteprojeto, "Texto Alternativo" ao Livro VIII (do Processo Tributário Administrativo), ao Livro IX (do Processo Tributário Administrativo), visando provavelmente aumentar as chances da aprovação de uma das alternativas.

Infelizmente, na época nenhuma delas foi incorporada ao Projeto, que não manteve os Livros sobre Direito Tributário Administrativo (incluindo-se Processo Administrativo Tributário), Direito Tributário Penal, e Direito Tributário Processual Judicial.

3.3 A ESTRUTURA GERAL DO PROJETO DE CÓDIGO TRIBUTÁRIO BRASILEIRO (1954)[42]

O Projeto de Código Tributário Nacional originado das revisões e discussões sobre o Anteprojeto, e que daria origem ao Código Tribunal Nacional de 1966 também merece algumas considerações pontuais. Em 1954, uma Comissão para elaborar um Projeto de Código Tributário Nacional utilizando como ponto de partida o Anteprojeto redigido por Rubens Gomes de Sousa, em 1953. Assim, o Projeto foi encaminhado à Câmara dos Deputados, no ano de 1954, e submetido a diversas revisões[43].

Naturalmente, conforme já foi informado no item anterior, o Anteprojeto acabou recebendo série de revisões e exclusões de alguns de seus livros, com o objetivo de torná-lo mais sintético, e favorecer as chances de sua aprovação (e sua efetividade após sua eventual entrada em vigor) (TEODOROVICZ, 2017a, p. 209-250).

Os livros iniciais, no entanto, não sofreram substanciais alterações, mas sobretudo às alterações da ordem de dispositivos e revisões na estrutura dos artigos, para torná-los mais objetivos. Dessa forma, à semelhança do Anteprojeto, o Livro I manteve-se tratado das disposições relativas ao direito constitucional tributário (competências,

atribuições do representante da Fazenda Nacional (art.318 a 319), assim como, no Título III, todo o trâmite processual em primeira instância – e respectivas garantias (arts 320 a 344) à instância superior (art.345 a 373). Naturalmente, apesar de extensiva e detalhada estruturação da codificação do Processo Administrativo Tributário, tais dispositivos acabaram excluídos da versão final do Projeto.

[41] O Livro IX dispôs sobre o Processo Tributário Judicial (art.374 a 447), trazia em detalhes as garantias ao funcionamento do processo tributário judicial (art. 374 a 380), as modalidades processuais (ação executiva tributária, ação anulatória, ação de repetição de indébito, ação declaratória, ação rescisória, mandado de segurança, e medidas preparatórias ou preventivas, todas estabelecidas em detalhes nos artigos 382 a 399). Finalmente, no Título III, dispôs sobre a "ação executiva tributária" (art.400 a 447), prevendo, exaustivamente, todas as garantias, ritos e medidas de proteção ao contribuinte (a exemplo dos embargos de terceiro), assim como dos recursos (nos quais incluiu o agravo de petição, agravo de instrumento, recurso de ofício, revista, embargos de declaração e recurso extraordinário, nos artigos 434 a 447), seguindo então para as disposições finais (Livro X, art.448 a 454).

[42] O Projeto de Código Tributário Nacional de 1954 que foi objeto de análise deste tópico foi publicado também por Souza Diniz (1965, p.469-530).

[43] A disposição Preliminar trata: 1º: "Este código determina, com fundamento no art.5, VI, letra b da Constituição, as normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, sem prejuízo da respectiva legislação complementar."

princípios, imunidades e distribuição de rendas tributárias)[44], ao passo que o livro II dispôs sobre os Tributos[45] e demais espécies tributárias[46].

Seguindo a mesma linha apresentada no Anteprojeto, o Livro III traz disposições referentes à legislação tributária, à vigência e à aplicação da lei tributária[47], assim como de sua interpretação e integração da mesma.

Mas no Título V do mesmo Livro, inclui-se, além das regras de interpretação (e integração) da lei tributária (arts.73-78), polêmico dispositivo: "art.74. a interpretação da legislação tributária visará sua aplicação não só aos atos, fatos ou situações jurídicas nela nominalmente referidos, como também àqueles que produzem ou sejam suscetíveis de produzir resultados equivalentes". Este dispositivo representava expressamente a influência da "interpretação econômica" e o combate ao "abuso de formas", que tantas discussões trouxeram ao direito tributário europeu.

Os Livros seguintes seguem o mesmo caminho trilhado no Anteprojeto, ao prever, no Livro IV, as regras relativas à obrigação tributária[48], e, no Livro V, dos dispositivos referentes ao crédito tributário[49].

Note-se que, no Livro VI, limitaram-se a constituir verdadeiros resquícios da previsão original de Rubens Gomes de Sousa, pois referidos especificamente ao direito administrativo fiscal, dispondo sobre a administração tributária. Nesse aspecto, o Título

[44] O livro I trata da competência tributária, em que no título I, estão as disposições, fixando as atribuições gerais de competência tributária entre os entes tributantes (art2ª), a indelegabilidade (art.3ª), ao passo que o Título II trata das Limitações da Competência Tributária, sobretudo dos princípios e imunidades (arts.4-10). O Título III trata dos participantes na Arrecadação (arts.11-16).

[45] No Título I (disposições gerais) temos o conceito de tributo: "art.17 – tributo é toda prestação pecuniária instituída por lei com caráter compulsório pela União, pelos Estados, pelo Distrito Federal ou pelos Municípios, no uso de competência constitucional inerente à sua condição de pessoa jurídica de direito público (art.17). Art.18: a natureza jurídica, específica de cada tributo, determina-se pelo respectivo fato gerador, sendo irrelevantes para sua qualificação a denominação e demais características formais adotadas pela lei que o tenha instituído. Art.19 – os tributos terão caráter pessoal sempre que isso for possível, e serão graduados conforme a capacidade econômica do contribuinte (art.202, Const.). Curiosamente, embora o artigo 20 previsse expressamente o empréstimo compulsório, o artigo 21 apenas trazia como espécies tributárias os impostos, taxas e contribuições de melhoria: "Art.20 – a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios só poderão instituir empréstimos compulsórios dentro da esfera de suas competências tributárias privativas, sendo-lhes aplicável o disposto neste Código e nas leis tributárias relativas aos tributos que lhes sirvam de base". Art.21. Os tributos são impostos, taxas ou contribuições de melhoria".

[46] No Título II, há a previsão do conceito de imposto (art.22), sua divisão em reais e pessoais (art.23), o adicional do imposto (art.24). Já o Capítulo II trata dos impostos de competência privativa da União (arts.25-30) e o Capítulo III trata dos impostos de competência privativa dos Estados (art.31-36) e o Capítulo IV, dos impostos de competência privativa dos municípios (arts.37-42). Os arts.43 e 44 tratam dos impostos de competência concorrente (Capítulo V), e o Capítulo VI dos impostos de competência do Distrito Federal e da União nos Territórios (art.45-46), ao passo que o Título III (arts.47-48) dispõe sobre as taxas, e o Título IV (art.49-50), sobre as contribuições de melhoria.

[47] No Livro III temos os dispositivos referentes à legislação tributária, em que no título I (disposições gerais) há a previsão das regras e conceitos atinentes às leis e decretos em matéria tributária (art.51-56), e, nesse passo, o Capítulo II trata dos atos administrativos de caráter normativo (art.57-58), assim como o Titulo dois trata das regras atinentes à vigência da legislação tributária, no espaço (arts.59-60) e no tempo (art.62-64), ao passo que o Título III trata da aplicação da legislação tributária, nas suas disposições gerais (arts.65-69) e na cobrança de tributos (art.70-72).

[48] O Livro IV dispõe sobre as regras referidas à obrigação tributária (disposições gerais – art.79-86), o sujeito ativo (arts.87-89), sujeito passivo (art.90-92), da capacidade jurídica tributária (art.93-95), do domicílio tributário (art.96-101).

[49] Por sua vez, o Livro V trata dos dispositivos referentes ao crédito tributário (art.102 e ss), sua constituição através do lançamento (art.105-112), a suspensão do crédito tributário (arts.113) e suas hipóteses, como a moratória (art.114-117), entre outros dispositivos atinentes ao assunto. Ainda, o Título IV trata das hipóteses de extinção do crédito tributário (art.118-139). Já o Título V dispõe sobre as hipóteses de exclusão do crédito tributário (arts.140-149). Por sua vez, o Título VI dispõe sobre as garantias do crédito tributário (arts.150-163), e o Título VII, das hipóteses de responsabilidade tributária (arts.164-174).

I apresenta os procedimentos de fiscalização (arts.175-183), ao passo que o Título II dispõe sobre o processo administrativo (art.184-190).

Por fim, note-se que, originalmente no Anteprojeto, os dispositivos relativos à dívida ativa e às certidões mantinham-se previstas no Livro correspondente ao crédito tributário (Livro V). No Projeto, por outro lado, tais dispositivos acabaram incluídos no Livro da administração tributária[50].

Para Aliomar Baleeiro, em Parecer sobre o Projeto do CTN acima descrito, sua conclusão foi o seguinte:

> Pela excelência da notável obra o Prof. Rubens Gomes de Sousa, reputamos valioso e inestimável serviço ao progresso do direito positivo brasileiro e a aprovação do Projeto de Código Tributário Nacional. Ele honrará a cultura jurídica do país e o dotará de um Código Fiscal que não teme confronto com qualquer dos que vigoram nas mais civilizadas nações. Em conclusão, somos do parecer que: 1ª o projeto é constitucional; 2. Observa os melhores princípios e estilos de técnica legislativa; 3. Deve ser recomendado à aprovação do plenário com as emendas anexas, que submetemos à consideração da douta Comissão de Justiça (BALEEIRO, 1973, p. 41).

De qualquer forma, frente aos elogios de Baleeiro, entre o Anteprojeto e o Projeto, pode-se perceber nítida tendência a afastar a necessidade de uma codificação exaustiva sobre a matéria tributária, ao contrário do que acontecera no Código Tributário Alemão.

3.4 A CONSOLIDAÇÃO DA CODIFICAÇÃO TRIBUTÁRIA NO BRASIL ATRAVÉS DA DECRETO-LEI N. 5172 DE 1966: A ESTRUTURA GERAL DO CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL

Após as sucessivas revisões e edições ao texto do Anteprojeto, e subsequentemente ao texto do Projeto, a partir de 1954, este permaneceu suspenso durante quase doze anos, quando, com a entrada do Regime Militar, e impulsionada também pela Emenda Constitucional n. 18 de 1965, o Projeto acaba aprovado no Congresso, tornando-se, no ano de 1966, o Decreto-Lei n.5172 de 1966 ("Código Tributário Nacional"), e buscando estabelecer as normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados, Distrito Federal e Municípios (art.1º).

Observa-se que a estrutura do Código Tributário Nacional difere substancialmente da estrutura original do Anteprojeto de Código Tributário Brasileiro (1953), na forma como foi originalmente apresentado, este mais prolixo e guardando maior identidade com sua influência germânica (cuja estrutura era adotada com maior fidelidade) (TEODOROVICZ, 2017a, p. 209-250).

Ao invés do Anteprojeto e do Projeto, o CTN prevê em seus primeiros dispositivos as disposições gerais do Sistema Tributário Nacional (art.2 a 5º), trazendo, no art.3ª, o

[50] O Título III dispõe sobre a constituição da dívida ativa (art.191-194) e o Título IV trata das certidões negativas (art.195-199). Finalmente, nos arts.200 a 203 estão previstas as disposições finais e transitórias.

conceito de tributo[51], definindo a natureza jurídica do mesmo (art.4ª)[52], assim como suas espécies (art.5ª[53]), para só então trazer, no Título II, os dispositivos atinentes ao direito constitucional tributário, como a competência tributária, os princípios e as imunidades[54]. Note-se que, dissociado das disposições gerais (diferente do que ocorria no Anteprojeto e Projeto), as espécies tributárias acabaram previstas nos Títulos III (impostos)[55], IV(taxas) e V(contribuições de melhoria)[56], incluindo-se apenas no Título VI as regras de distribuição de receitas tributárias entre entes tributantes (diferente do que ocorria no Anteprojeto e no Projeto), nos artigos 83 a 95, encerrando o primeiro livro do CTN.

Já o Livro Segundo dispõe sobre as "normas gerais de direito tributário", contendo importantes dispositivos sobre fontes do direito tributário, normas de interpretação e de integração, e dispositivos relativos à relação jurídica tributária e seus componentes.

No Título I (legislação tributária) encontra-se o Capítulo I, onde estão previstas disposições gerais sobre o uso da expressão "legislação tributária" (art.96), e as fontes identificadas como tais (Seção II – Leis, Tratados e Convenções Internacionais e Decretos), nos arts. 97 a 99, bem como normas complementares (art.100).

No Capítulo II – tem-se as regras atinentes à vigência e à aplicação da legislação tributária (arts.101 a 106), e sobre a interpretação e a integração das leis tributárias (art.107-112), de essencial importância para o labor do intérprete.

Vale lembrar que, no âmbito da interpretação, a princípio, foi excluído dispositivo (previsto no Projeto de Código) que remetia à interpretação econômica (refutação motivada por Rubens Gomes de Sousa), e outros dispositivos expressos conectados ao abuso de formas do direito privado[57].

O Título II do Livro II apresenta as regras relativas à obrigação tributária, ou, em melhores termos, sobre a relação jurídica tributária obrigacional e seus desdobramentos[58], ao passo que o Título III prevê as regras acerca do "crédito

[51] "Art. 3º Tributo é toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que não constitua sanção de ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada".

[52] "Art. 4º A natureza jurídica específica do tributo é determinada pelo fato gerador da respectiva obrigação, sendo irrelevantes para qualificá-la: I - a denominação e demais características formais adotadas pela lei;II - a destinação legal do produto da sua arrecadação"

[53] Mantém-se, portanto, a estrutura original do artigo 21 do Projeto: "Art. 5º Os tributos são impostos, taxas e contribuições de melhoria".

[54] O Título II trata dos dispositivos atinentes à competência tributária (arts.6º a 8, que contém suas disposições gerais, assim regras de atribuições de fiscalização e arrecadação entre pessoas de direito público ou privado), e, especificamente, as chamadas limitações ao poder de tributar (Capítulo II), em harmonia com o teor constitucional da época, contendo os respectivos princípios e imunidades já estabelecidos na Constituição, dentre os quais os art.9º, 10 e 11 (dispondo sobre princípios tributários e imunidades), com suas disposições especiais, previstas nos arts.12 a15.

[55] O Capítulo II trata dos impostos sobre o comércio exterior, de competência da União (art.19-28), ao passo que os arts. 29 a 45 (Capítulo III) dos impostos sobre o patrimônio e a renda. O Capítulo IV trata dos Impostos sobre a Produção e Circulação (arts.46-73). O Capítulo V, por sua vez, dos "impostos especiais" (arts.74-75), com destaque para o art. 76, que dispõe sobre o imposto extraordinário.

[56] O Título III trata especificamente dos impostos (Capítulo I em que constam suas disposições gerais), suas conceituações gerais (art.16 e 17), atribuições de competências entre a União nos Territórios Federais e ao Distrito Federal e aos Estados (art.18). Já o Título IV traz as disposições sobre as taxas (art.77-80), ao passo que o Título V, sobre as contribuições de melhoria. (arts.81-82).

[57] Não obstante, tal restrição não impediu que, no século XXI, fosse introduzido, pela LC 104/201, para muitos, norma antielisiva, prevista no art.116, par. único.

[58] Nesse contexto, o Capítulo I, nas suas disposições gerais, abriga os conceitos básicos relativos à obrigação tributária (art.113), ao fato gerador (arts.114-118), ao sujeito ativo (arts.119-120) e ao sujeito passivo, sua

tributário", que decorre da obrigação principal e com a mesma natureza desta (art.139), com previsão do procedimento de constituição do crédito (lançamento), da exigibilidade deste e formas de suspensão, exclusão e extinção[59], dispondo ainda, sobre as garantias e privilégios (incluindo preferência) atribuídos ao crédito tributário[60].

Por fim, o Código Tributário Nacional trouxe disposições gerais (no Título IV), prevendo regras aplicáveis ao funcionamento da Administração Tributária e sua atividade de fiscalização, constituição da dívida ativa, bem como sobre as certidões negativas e positivas (arts.194 a 208), para, finalmente, incluir as disposições finais e transitórias, nos arts. 209 a 218 do CTN.

Note-se que o resultado final do Código Tributário Nacional registrou notável restrição material frente ao Anteprojeto original. A uma, pois o Anteprojeto seguia com certa fidelidade a estrutura do Código Tributário Alemão, que não se limitava a trazer dois livros apenas, mas tratava, em detalhes, do direito tributário processual, do direito penal tributário, e do direito processual penal tributário.

Provavelmente por questões de política legislativa, entendeu-se ser mais adequado levar a expressão "normas gerais" a sério, quando se dispôs de um código de normas gerais (mas não exaustivo) destinado a organizar e a harmonizar a legislação tributária dos entes tributantes da federação brasileira[61].

Para Ives Gandra Martins, dentre os muitos méritos inseridos no Código, este permitiu, pela previsão dos "(...) princípios da estrita legalidade, tipicidade fechada e reserva absoluta da lei formal, fossem consagrados pela doutrina e jurisprudência, transformando-se muito mais em um estatuto do contribuinte que em manual de exigência impositiva" (MARTINS, 1990, p. 34-35).

Naturalmente, o Código Tributário Nacional sofreu sucessivas modificações e revisões, e pontuais exclusões, frutos da necessidade de adaptação legislativa à diferentes contextos históricos (BALEEIRO, 1973, p. 57 e ss). De qualquer forma, praticamente a integralidade dos dispositivos do CTN ainda se mantém em vigor, demonstrando a qualidade inequívoca representa para o direito tributário brasileiro.

Ademais, importante lembrar que o esforço codificador brasileiro alcançou outras searas no direito tributário brasileiro, conforme se observa no esforço de Gilberto Ulhôa Canto, que propôs um Anteprojeto de lei federal orgânica do processo tributário, em

diferenciação entre contribuinte e responsável (arts.121-123), dentre outros dispositivos que tocavam o tema da sujeição passiva e da responsabilidade. Já os arts.124 e 125 tratam da responsabilidade solidária, ao passo que os arts.126 e 127 dispõe, respectivamente, sobre a capacidade tributária passiva, e as regras de determinação do domicílio tributário. Por outro lado, o Capítulo V explora novamente a temática "responsabilidade tributária", destacando alguns casos específicos de responsabilidade para fins tributários (arts.128-138), dentre os quais a responsabilidade dos sucessores; a responsabilidade de terceiros, a responsabilidade por Infrações e os dispositivos aplicáveis a essas hipóteses.

[59] Após as disposições gerais (art.139-141) previstas no Capítulo I, encontramos as regras do Capítulo II relativas à constituição do crédito tributário, o lançamento, suas modalidades (art.142-150). Já no Capítulo III, temos as hipóteses de suspensão de exigibilidade do crédito tributário (art.151-155, acrescentado posteriormente pelo art.155-A). No Capítulo IV temos as regras sobre extinção do crédito tributário e suas hipóteses (arts. 156-174). Já o Capítulo V traz as modalidades de exclusão do crédito tributário (arts.175-182).

[60] O Capítulo VI, por outro lado, dispõe sobre as garantias e privilégios atribuídos ao crédito tributário (arts.183-193).

[61] "(...) É portanto, o Código elemento de estabilização do Direito Tributário, posto que serve de "colchão legislativo" entre a Constituição e a legislação ordinária" (MARTINS, 1990, p. 28).

1965 e 1966 (CANTO, 1969a, p. 168 e ss; CANTO, 1969b, p. 138 e ss), e que também foi posteriormente revisto por uma comissão de especialistas, onde, conforme o relato de Paulo Celso Bergstrom Bonilha (1997, p. 31-32), também incluiu-se a proposição de reforma do próprio Poder Judiciário (com a criação de "tribunais tributários"). Nesse aspecto, a proposta adicionava, na composição do Poder Judiciário, três tribunais federais, denominados Tribunais Federais Tributários, dotados de competência para processar e julgar, originalmente, mandados de segurança, "*habeas corpus*" e conflitos de jurisdição em matéria fiscal da União e, nos casos previstos em lei, as ações de revisão dos atos decisórios administrativos. Além disso, também houve a propositura, na lei orgânica de processo tributário pretendida, da instituição de processo administrativo tributário contraditório, que seria desdobrado em duas instâncias de julgamento[62]. No entanto, o anteprojeto de Gilberto Ulhôa Canto não obteve o sucesso almejado (BONILHA, 1997, p. 31-32).

Nada obstante, a consolidação da codificação tributária brasileira simboliza momento em que o direito tributário já se encontrava plenamente especializado do direito financeiro e de outros ramos do conhecimento, e agora já possuía instrumento de interpretação e de aplicação com a mesma utilidade a que serviria a codificação germânica (TEODOROVICZ, 2017a, p. 209-250).

Mas com uma importante diferença: quando a codificação germânica surgiu, praticamente inexistia doutrina tributária na Alemanha, contando com pouquíssimas contribuições. O efetivo desenvolvimento da literatura tributária germânica (e europeia, por sinal) girou em torno dessa codificação.

Por outro lado, no Brasil, quando houve a consolidação legislativa do Código Tributário Nacional, já havia no mínimo vinte anos de estudos sobre o tema, e com a autonomia institucionalizada praticamente consolidada nas faculdades de direito.

De forma que, se na Europa (leia-se Alemanha) o processo disciplinar do Direito Tributário deveu-se, sobretudo, à Codificação do direito tributário alemão, no Brasil, o contrário ocorreu, pois foi a própria formação disciplinar brasileira que impulsionou à posterior criação do Código Tributário Nacional. Neste ponto registra-se importante e imprescindível diferença entre no processo de construção disciplinar do direito tributário brasileiro frente ao exemplo histórico alemão.

4. A LITERATURA TRIBUTÁRIA BRASILEIRA E A INFLUÊNCIA DO DIREITO TRIBUTÁRIO POSITIVO (CONSTITUCIONALIZADO E CODIFICADO)

É imprescindível, para a adequada compreensão das diferenças vivenciadas entre a literatura estrangeira (notadamente europeia) e a literatura tributária brasileira, de que a literatura tributária estrangeira no período fundacional (sobretudo de língua germânica), impressionou-se pelo fenômeno legislativo infraconstitucional, e, mais precisamente, pelo fenômeno codificador.

Seja pela crítica ou pela elevação do Código Tributário Alemão, a literatura passou a se desenvolver e a se especializar com fundamento nesta. A parca previsão

[62] Sobre o assunto, recomenda-se a leitura do texto de Gilberto Ulhôa Canto, dividido em duas partes, publicado na **Revista de Direito Público**, que explica os fundamentos para a estrutura de seu Anteprojeto. O Anteprojeto também foi publicado na segunda parte do estudo (CANTO, 1969a, p. 168 e ss; CANTO, 1969b, p. 138 e ss).

constitucional em matéria tributária em Weimar, facilitou a concentração da literatura da época nas disposições do Código, ainda que autores como Blumenstein, e notadamente, Albert Hensel já tratassem do chamado "direito constitucional tributário" (TEODOROVICZ, 2017a, p. 209-250).

A realidade tributária brasileira, no que tange à consolidação da codificação e sua relação com a doutrina, emergiu de forma diferente. Isso porque não foi a partir do Código Tributário que se poderia reconhecer a autonomia disciplinar do direito tributário brasileiro. Nem teve o Brasil a criação do Tribunal Fiscal especializado, como aconteceu na Alemanha. Foi na verdade, o próprio Código - e o processo de codificação - fruto de esforço doutrinário que o levou à sua criação, apoiado pela sociedade civil e levada ao Congresso com o apoio do Poder Público, com fundamento na própria Constituição de 1946, e com a perspectiva de viabilizar melhor harmonia entre as legislações tributárias dos entes tributantes em um país federado de dimensões continentais.

A arrecadação, que já vinha de margem ascendente desde a década de quarenta, seguiu elevação progressiva, mas não se pode afirmar que o principal motivo para sua criação fosse unicamente a elevação da arrecadação (ainda que sempre o seja, mesmo implicitamente).

Note-se que o Código Tributário Nacional foi promulgado em 25 de outubro de 1966, antes da entrada em vigor da Reforma Constitucional promovida pela E.C 18/65, que entrou em vigor em primeiro de janeiro de 1967 (AMED; NEGREIROS, s/d, p. 284 e ss).

Existiam motivos maiores para sua entrada em vigor, que abaixo são listados: a) criação de normas gerais em matéria tributária para aumentar a coesão e a harmonia entre as competências legislativas tributárias dos entes políticos de um país federado com dimensões continentais; b) fornecer um impulso à autonomia disciplinar – e científica – do direito tributário nacional, que agora teria seu próprio instrumento de interpretação e de aplicação do direto tributário, à semelhança do direito civil e do direito penal; c) organizar a legislação tributária infraconstitucional (consequência inerente do primeiro item) facilitando assim a interpretação e aplicação do direito tributário pelas autoridades administrativas e judiciais, assim como fornecer instrumento de suporte aos direitos e garantias dos contribuintes e responsáveis pela relação tributária; d) sedimentar conceitos e institutos tributários oriundos da literatura estrangeira, mas adaptados à realidade tributária brasileira (ex: art.3ª, ao prever o conceito de tributo), a obrigação tributária, seus elementos e o crédito tributário; e) estabelecer com nitidez as normas gerais relativas às atribuições, garantias e privilégios do fisco; f) marcar posição oficial da legislação tributária brasileira sobre determinados temas controversos na literatura (e na legislação estrangeira), como é o caso da noção e efeitos do lançamento, por exemplo, ou da interpretação e da integração da lei tributária; g) trazer normas gerais sobre as espécies tributárias, assim como da administração tributária e, f) naturalmente, a partir de corpo mais organizado de normas tributárias, maximizar a arrecadação, especialmente em momento de profunda mudança política conjectural (já que o Regime Militar foi iniciado em 1964); g) facilitar

a organização tributária alterada pela Emenda Constitucional n.18 de 1965, que transformou substancialmente o direito constitucional tributário da época, conferindo racionalidade infraconstitucional ao Sistema Tributário Nacional trazido pela Emenda n. 18 à federação brasileira (TEODOROVICZ, 2017a, p. 209-250).

De fato, a literatura tributária brasileira, surgida em meados dos anos quarenta, recebe influências da realidade tributária estrangeira, notadamente europeia, mas, naquele momento, a literatura europeia já passava por profundas transformações, especialmente porque a partir da década de vinte do século XX essa literatura era centrada notadamente na legislação codificadora infraconstitucional. Por exemplo, somente a partir da Segunda Guerra, é que a literatura tributária germânica passa a estruturar-se com maior intensidade no âmbito constitucional (também por influência da Lei Fundamental de Bonn, de 1949).

A literatura tributária brasileira, diferentemente, seja pela ausência de um Tribunal Judicial Fiscal (que nunca se concretizou, a não ser no âmbito administrativo), seja pela ausência de um Código de Normas Gerais (que só ocorreria em 1966, e, em grande parte, por influência da própria literatura especializada), forçou-se à adaptação, recorrendo ao extensivo rol de normas tributárias, que até então dificultavam sobremaneira a interpretação e a aplicação do direito tributário.

Por outro lado, as Constituições brasileiras, ainda que até a de 1946 não constituíssem uma organização sistemática do direito tributário, sempre geraram reflexões por parte da literatura da época, que se manteve desde o início com especial atenção às estruturas de discriminação de rendas em matéria tributária.

Pode-se observar, assim, que a evolução da literatura tributária brasileira manteve-se também maior atenção inicial aos aspectos constitucionais tributários da matéria (especialmente a partir de 1946)[63], diferentemente da literatura europeia que se inicia centrada na codificação, e passa a conservar maior preocupação constitucional a partir da Segunda Guerra. É claro que, sob o contexto temporal, é praticamente contemporânea a preocupação constitucional do direito tributário na Europa, e o surgimento das primeiras produções doutrinárias brasileiras no campo do direito tributário (ambas em meados da década de quarenta).

Não por acaso, especialmente a partir da década de cinquenta do século XX, inicia-se período com progressiva atenção ao chamado "direito tributário constitucional" na experiência brasileira (especialmente voltada ao estudo das "Limitações Constitucionais ao Poder de Tributar"), ao passo que a literatura europeia passava a elevar os aspectos constitucionais do direito tributário e do direito financeiro, conectando-os aos direitos fundamentais (e ao "Estatuto do Contribuinte"), já em momento posterior à priorização codificadora, o que também impactou a produção brasileira, em anos posteriores.

Portanto, pode-se afirmar que a literatura tributária brasileira, por constituir-se com posteridade à europeia, acabou absorvendo ambos os períodos de formação da literatura tributária europeia (codificada e constitucionalizada, mas com adaptações),

[63] Por exemplo, Aliomar Baleeiro, então deputado constituinte, foi diretamente responsável pela inserção da expressão "Limitações Constitucionais ao Poder de Tributar", na Constituição de 1946. Não por acaso, logo surgia primeira edição de sua obra de mesmo nome, cuja primeira edição data de 1951. Consultou-se a segunda edição: BALEEIRO, 1959, p.01 e ss.

em sua formação inicial, que se fundiram na literatura tributária brasileira a partir da década de cinquenta, quando surgem as primeiras obras sobre direito tributário constitucional no Brasil, e o esforço codificador tem início (efetivado através do Anteprojeto de Gomes de Sousa).

Nessa linha, quando ocorre a efetiva institucionalização do ensino do direito tributário brasileiro (com a criação das primeiras cadeiras sobre a disciplina em São Paulo e no Rio), a literatura tributária já está suficientemente voltada à codificação e à constitucionalização do direito tributário brasileiro, acompanhando com atraso a tendência codificadora, mas com certa velocidade à tendência constitucional do direito tributário europeu, e, naturalmente, adaptando ambas as tendências às peculiaridades históricas do direito tributário brasileiro.

Portanto, a tendência à literatura jurídica tributária brasileira, diferente da europeia (apenas em primeiro momento) é codificada, mas também constitucionalizada.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho teve por objetivo apresentar algumas informações iniciais sobre o processo de codificação do direito tributário, com especial atenção à experiência estrangeira, com o objetivo de explorar a construção gradual da codificação tributária no Brasil (e suas influências).

Pode-se perceber que a experiência brasileira, ainda que absorvendo muitas lições da experiência europeia e latino-americana, consolidou processo próprio e peculiar. Diferente da experiência germânica, que foi fruto da genialidade de Enno Becker, mas logo em vigor por decorrência dos fatores políticos, sociais e econômicos da época, a experiência brasileira registrou maior espaço para amadurecimento, pois já herdeira de toda uma experiência bem-sucedida na Europa e, também conhecendo os esforços codificadores na América Latina. A partir do esforço codificador de Rubens Gomes de Sousa, as versões do Anteprojeto e do Projeto de Código Tributário Brasileiro foram submetidas a importantes discussões por parte do Poder Legislativo e da própria sociedade (através de especialistas convocados aos debates e ao aperfeiçoamento do documento que viria a se tornar o Código Tributário Nacional). É claro que fatores políticos também atrasaram o avanço do tema, na década de cinquenta e sessenta do século XX, mas, por outro lado, propiciaram rápida aprovação (no formado de Decreto-Lei), já sob a égide da Emenda à Constituição n. 18 de 1965, que alteraria a Constituição de 1946.

O regime de "exceção democrática", favoreceu a consolidação do "Sistema Tributário Nacional", cujos pilares passam a ser o Direito Constitucional Tributário previsto na Constituição de 1946 (mas profundamente modificado pela Emenda 18) e o Código Tributário Nacional (que consolida o Sistema Tributário Nacional na esfera infraconstitucional), tornando-se essencial fonte do direito tributário a ser observada pelos entes tributantes.

Por outro lado, a experiência literária brasileira, emergindo efetivamente a partir da década de quarenta do século XX, absorve essas experiências, garantindo um perfil, especialmente impulsionado a partir das décadas de cinquenta e sessenta do século XX, constitucionalista e codificador, pois já sob a égide de um Estado Constitucional de Direito (ainda que não necessariamente democrático).

O Código Tributário Nacional (e não "Brasileiro", pois remetia-se à concepção – de "Sistema Tributário Nacional", destinado a orientar a Federação), sobreviveu aos desafios do tempo e à redemocratização.

Recebida enquanto "Lei Complementar" (materialmente, pelo menos), o Código Tributário Nacional segue ainda vigente (alguns poucos artigos não foram recepcionados pela CRF, a exemplo do então art. 28 e do art. 67), com poucas alterações estruturais e atualizações, ainda que algumas representem importantes mudanças na legislação tributária (como ocorreu com as Leis Complementares n. 104 e n. 105 de 2001, por exemplo).

De qualquer forma, com a redemocratização brasileira tardia, que se consolida através da entrada em vigor da Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988 (mas cujos trabalhos preparatórios se iniciam em 1985), avança-se para um Direito Tributário Brasileiro Sistematizado, Constitucionalizado e Codificado, agora suportado por um Estado Constitucional Democrático de Direito.

E, naturalmente, esse processo complexo e multifacetado também repercute na produção literária e no amadurecimento legislativo e jurisprudencial na experiência brasileira.

Finalmente, a Codificação Tributária no Brasil, para além das forças políticas que regiam o período em que foi concebida e quando entrou em vigor no Brasil, é, indiscutivelmente, importante legado jurídico concebido, adaptado e aperfeiçoado por expoentes da literatura tributária pátria, que, com expertise técnica, garantiram que essa importante fonte legislativa no direito tributário seguisse perene no amadurecimento jurídico tributário do Brasil, para além de críticas ou necessários aperfeiçoamentos e atualizações.

REFERÊNCIAS

AMED, Fernando José; NEGREIROS, Plínio José Labriola de Campos. **História dos Tributos no Brasil.** 2ª Ed. São Paulo: Sindicato dos Agentes Fiscais de Rendas do Estado de São Paulo – Sinafresp, s/d.

Associação Latino-Americana de Livre Comércio**. Análise Comparativa das Normas Substantivas do Modelo de Código Tributário com a dos Códigos Vigentes nos Países-Membros da ALALC**. Secretaria Geral da Organização dos Estados Americanos. Programa Conjunto de Tributação OEA/BID. Washington D.C., 1970. In: NOGUEIRA, Ruy Barbosa. Direito Tributário Comparado. São Paulo: Edição Saraiva, 1971.

ARANHA, Osvaldo. **Exposição de Motivos do Ministro da Fazenda, Dr. Oswaldo Aranha, encaminhado ao Sr. Presidente da República, o Projeto de Código Tributário Nacional (Exposição n.1250, de 21-7-1954. Projeto de Código Tributário Nacional).** In: Trabalhos da Comissão Especial do Código Tributário Nacional. Ministério da Fazenda, Rio de Janeiro, 1954.

AYALA, Jorge Cosulich. **Apresentação**. In: **Modelo de Código Tributário – CIAT.** Primeira Edição. Panamá – Secretaria executiva, 1997, 143 p. CIAT Model Tax Code / Inter-American Center of Tax Administrations. -- First edition. -- Panama : Executive Secretariat, 1997. 143 p. Disponível em: http://biblioteca.ciat.org/CGI-BIN/ABWEBP.EXE/L3/T1/G0?ACC=DIR&EXP='307'.TITN. (último acesso em 19.11.22).

BALEEIRO, Aliomar. **Limitações Constitucionais ao Poder de Tributar**. 2ª Edição, Rio de Janeiro: Forense, 1959.

BALEEIRO, Aliomar. **Direito Tributário Brasileiro.** Rio de Janeiro: Forense, 1973.

BALEEIRO, Aliomar. **Parecer sobre o Projeto do C.T.N.** In: BALEEIRO, Direito Tributário Brasileiro. Rio de Janeiro: Forense, 1973.

BALL, Kurt. **Steurrecht und Privatrecht. (Theorie des selbständigen Steuerrechtsystems).** J. Bensheimer/Mannheim, Berlin, Leipzig, 1924.

BECKER, Enno; RIEWALD, Alfred; KOCH, Carl. **Reichsabgabenordnung. Kommentar. Band I.** Köln – Berlin – Bonn – München: Carl Heymanns Verlag K.G., 1963.

BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico. Lições de Filosofia do Direito**. Coleção Elementos de Direito. São Paulo: Ícone Editora, 1995, p.45-57, 78-83, 119-122.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 19ª Edição, São Paulo: Editora Malheiros, 2006.

BONILHA, Paulo Celso Bergstrom. **Da Prova no Processo Administrativo Tributário.** 2ª Edição. São Paulo: Dialética, 1997.

BRANDÃO MACHADO. **Prefácio do Tradutor**. In: HARTZ, Wilhelm. **Interpretação da Lei Tributária. Conteúdo e Limites do Critério Econômico.** Tradução, Prefácio e Notas de Brandão Machado. Rio de Janeiro: Resenha Tributária, 1993.

BÜHLER, Ottmar. **La Importanza di Enno Becker per Lo Sviluppo del Diritto Tributario Tedesco dal 1918**. In: Rivista di Diritto Finanziario e Scienza della Finanze.Volume IV. XVIII, Parte I. Padova: 1940 CEDAM – CASA EDITRICE DOTT. ANTONIO MILANI, 1940.

BUJANDA, Fernando Sainz de. **Hacienda Y Derecho**. **I**. Madrid: Instituto de Estudios Politicos. Madrid, 1975.

CANTO, Gilberto Ulhôa. **Processo Tributário – Anteprojeto de lei federal orgânica do processo tributário e respectiva justificação**. In: Revista de Direito Público n. 7. Janeiro/março, São Paulo: Rt, 1969ª.

CANTO, Gilberto Ulhôa. **Processo Tributário – Anteprojeto de lei federal orgânica do processo tributário e respectiva justificação**. In: Revista de Direito Público. n. 8. Abril/Junho, São Paulo: Rt, 1969b.

DINIZ, Souza. **Códigos Tributários. Alemão. Mexicano. Brasileiro.** 1º edição. Tradução de Souza Diniz. São Paulo: Edições Financeiras S.A., 1965.

FILHO, Paulo Barbosa de Campos. **Codificação do Direito Tributário Brasileiro**. In: Revista de Direito Administrativo, Vol. III. Rio de Janeiro: Seção II da Revista do Serviço Público – Departamento Administrativo do Serviço Público – Fundação Getúlio Vargas, janeiro de 1946, p. 44-59.

FLEINER, Fritz. **Les Principes Généraux Du Droit Administratif Allemand**. Traduction de Ch. Eisemann. Paris: Libraire Delagrave, 1933.

FONROUGE, C. M. Giuliani. **Anteproyecto de Código Fiscal**. Facultad del Derecho y Ciências Sociales. Investigaciones del Seminário de Ciências Jurídicas y Sociales. XXXVIII. Buenos Aires: Seccion publicaciones del seminário de ciências jurídicas y sociales, 1942.

GIL, Antonio Hernández. **Problemas Epistemológicos de la Ciencia Jurídica.** Madrid: Civitas, 1981.

HENSEL, Albert. **Diritto Tributario.** Traduzione di Dino Jarach. Milano: Dott. A. Giufrrè Editore, 1956.

KORMANN, Karl. **System der Rechtsgeschäftlichen Staatsakte.** Verwaltungs- und prozeßrechtliche Untersuchungen zum allgemeinen Teil des öffentlichen Rechts. Berlin: Verlag von Julius Springer, 1910.

KRUSE, Heinrich Wilhelm. **Steuerrecht.** I. Allgemeiner Teil. 3. Auflage. München: Verlag CH Beck, 1973.

LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. 3º Edição. Tradução de José Lamego. Lisboa – Portugal: Editora Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

Lei de Adaptação Fiscal de 1934, traduzida em língua portuguesa por Souza Diniz. Códigos Tributários. Alemão. Mexicano. Brasileiro. 1º edição. Tradução de Souza Diniz. São Paulo: Edições Financeiras S.A., 1965.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Sistema Tributário na Constituição de 1988**. São Paulo: Saraiva, 1990.

MAYER, Otto**. Derecho Administrativo Alemán**. Tomo II. Parte Especial. Poder de Policia y Poder Tributário. Depalma: Buenos Aires, 1950.

MAYER, Otto. **Deutsches Verwaltungsrecht.** Bd. 1. Leipzig: Duncker & Humblot, 1895.

Modelo de Código Tributário – CIAT. Primeira Edição. Panamá – Secretaria executiva, 1997, 143 p. CIAT Model Tax Code / Inter-American Center of Tax Administrations. -- First edition. -- Panama : Executive Secretariat, 1997. 143 p. Disponível em: http://biblioteca.ciat.org/CGI-BIN/ABWEBP.EXE/L3/T1/G0?ACC=DIR&EXP='307'.TITN. (último acesso em 19.11.22).

]Nabais, José Casalta. **O Dever Fundamental de Pagar Impostos**. Coimbra: Livraria Almedina, 1998.

NAWIASKY, Hans. **Cuestiones Fundamentales de Derecho** Tributário. Obras Básicas de Hacienda Pública. Madrid: Instituto de Estúdios Fiscales, 1982.

NOGUEIRA, Ruy Barbosa. **Direito Tributário Comparado**. São Paulo: Edição Saraiva, 1971.

Novo Código Tributário Alemão (AO – 1977). Tradução de Alfred J. Schimid, Brandão Machado, Eduardo Frederico de A.Carvalho, Gerd W. Rothmann, Henry Tilvery, Ruy Barbosa Nogueira. São Paulo: Co-edição: Companhia Editora Forense & Instituto Brasileiro de Direito Tributário, 1978.

PROJETO DE CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL. (Projeto de lei n.4834, de 1954, publicado no Diário do Congresso de 7-9-1954). In: Trabalhos da Comissão Especial do Código Tributário Nacional. Ministério da Fazenda, Rio de Janeiro, 1954.

PUGLIÈSE, Mario**. Instituciones de Derecho Financiero.** Tradución Española de México: 1939.

Reichsabgabenordnung, Steueranpassungsgesetz. Herausgegeben im Reichsfinanzministerium. Berlin: 1941.

SAVIGNY, Friedrich Karl von. **Metodologia Jurídica**. Traducción de J.J. Santa-Pinter. Buenos Aires: Depalma, 1994.

SOUSA, Rubens Gomes de. A **Distribuição da Justiça em Matéria Fiscal no Brasil**. São Paulo: Livraria Martins Editora, 1943.

SOUSA, Rubens Gomes de. **Anteprojeto de Código Tributário Nacional**. 1953. In: Trabalhos da Comissão Especial do Código Tributário Nacional. Ministério da Fazenda, Rio de Janeiro, 1954.

SOUSA, Rubens Gomes de. **Relatório – apresentado pelo prof. Rubens Gomes de Sousa, relator geral, e aprovado pela Comissão Especial nomeada pelo Ministro da Fazenda para elaborar o Projeto de Código Tributário Nacional**. In: Trabalhos da Comissão Especial do Código Tributário Nacional. Ministério da Fazenda, Rio de Janeiro, 1954.

SOUSA, Rubens Gomes de. **Prefácio.** In: FONROUGE, C.M. Giuliani. Conceitos de Direito Tributário. Trad. Geraldo Ataliba e Marco Aurélio Greco. São Paulo: LAEL, 1973.

TEODOROVICZ, Jeferson. **História Disciplinar do Direito Tributário Brasileiro.** Série Doutrina Tributária. Volume XXI. São Paulo: Quartier Latin – IBDT, 2017a.

TEODOROVICZ, Jeferson. **A importância histórica da codificação para os sistemas tributários latino-americanos e os modelos de Códigos Tributários para a América Latina.** *In:* Revista Direito Tributário Atual. Coordenação dos Professores Alcides Jorge Costa, Luís Eduardo Schoueri e Paulo Celso Bergstrom Bonilha. n. 23. Instituto Brasileiro de Direito Tributário – IBDT. São Paulo: Dialética, 2009.

TEODOROVICZ, Jeferson. **História da Harmonização Tributária Internacional: Entre a Doutrina e a Política**. In: Revista Direito Tributário Atual. Coordenação: Ricardo Mariz de Oliveira, Luís Eduardo Schoueri e Fernando Aurélio Zilveti. Número 28. Instituto Brasileiro de Direito Tributário. São Paulo: Dialética, 2012.

TEODOROVICZ, Jeferson. **Harmonização Tributária Internacional e Integração Regional: História, Teoria e Política**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017b.

TILBERY, Henry. **Tributação e Integração da América Latina.** São Paulo: José Bushatshky, 1971.

Torres, Ricardo Lobo. **A ideia de liberdade no Estado Patrimonial e no Estado Fiscal.** Rio de Janeiro: Renovar, 1991.

Torres, Ricardo Lobo. **Curso de direito financeiro e tributário.** 12ª. Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

Trabalhos da Comissão Especial do Código Tributário Nacional. Ministério da Fazenda, Rio de Janeiro, 1954.

VALDÉS COSTA, Ramón. **A Codificação Tributária na América Latina**. Direito Tributário: estudos em homenagem ao Prof. Ruy Barbosa Nogueira. COORDENADOR: MACHADO, Brandão. São Paulo: Saraiva, 1984.

VANONI, Ezio. **L'Esperienza della Codificazione Tributaria In Germania.** In: Opere Giuridiche. A cura di Francesco Forte e Cesare Longobardi. II. Elementi di Diritto tributario. Altri saggi di diritto finanziario. Milano – Dott.A. Giuffrè Editore, 1962.

CIDADANIA, SANGUE E TERRITÓRIO: RACISMO E COLONIALISMO NO ENCARCERAMENTO DE MÃES EM PORTUGAL

Ana Gabriela Braga [1]

RESUMO

Este artigo tem como fio condutor a análise da colonialidade das tecnologias disciplinares e reprodutivas em torno das práticas e discursos do encarceramento feminino na contemporaneidade. Estas reflexões são fruto de pesquisa que teve por objetivo conhecer as experiências e possibilidades de exercício da maternidade em condições de privação de liberdade numa prisão de mulheres em Portugal. Trata-se de etnografia realizada no Estabelecimento Prisional de Tires, especificamente na Casa das Mães (que abriga grávidas e mães com crianças de até 5 anos), com técnicas combinadas de observação participante, análise de documento, entrevista, projeção e debate de filmes documentais. Ao final, aponta-se como o encarceramento de mães, e logo, o controle da reprodução biológica e social da vida, está no centro da tecnologia colonial-civilizatória. E como, o atravessamento diferencial da prisão reatualiza o racismo nas sociedades contemporâneas.

PALAVRAS-CHAVE: Encarceramento feminino. Maternidade. Raça. Colonialismo. Cidadania.

CITIZENSHIP, BLOOD AND TERRITORY: RACISM AND COLONIALISM IN THE INCARCERATION OF MOTHERS IN PORTUGAL

ABSTRACT

This article aims to analyze the coloniality of disciplinary and reproductive technologies around the practices and discourses of female incarceration in contemporary times. These reflections are the result of research that aimed to know the experiences and possibilities of exercising motherhood in conditions of deprivation of liberty in a women's prison in Portugal. This is ethnography carried out at the Prison Establishment of Tires, specifically in the House of Mothers (which houses pregnant women and mothers with children up to 5 years), with combined techniques of participant observation, document analysis, interviews, projection and debate of documentary films. In the end, it is pointed out how the incarceration of mothers, and then the control of biological and social reproduction of life, is at the center of colonial-civilizatory technology. And how, the differential crossing of prison re-updates racism in contemporary societies.

[1] Realizou pós-doutorados junto ao Centro em Rede de Investigação em Antropologia (CRIA - UMinho) e à Universidade em Brasília (UnB). Mestra e doutora em Direito Penal e Criminologia pela Universidade de São Paulo (USP) com período sanduíche junto ao Departamento de Antropologia da Universitat de Barcelona (UB). Professora da Graduação e Pós-Graduação em Direito na Faculdade de Ciências Humanas e Sociais da Universidade Estadual Paulista.

KEYWORDS: *Female incarceration. Maternity. Race. Colonialism. Citizenship*

INTRODUÇÃO

> Apesar de ser a colonialidade uma matriz que organiza hierarquicamente o mundo de forma estável, esta matriz tem uma forma interna: existe, por exemplo, não só uma história que instala a episteme da colonialidade do poder e da raça como classificadores, mas também uma história da raça dentro dessa episteme; existe também uma história das relações de gênero dentro do cristal do patriarcado (Segato, 2012: 113)

Este texto tem como fio condutor a análise da colonialidade das tecnologias disciplinares e reprodutivas em torno das práticas e discursos do encarceramento feminino na contemporaneidade. Estas reflexões são fruto de pesquisa[2] que teve por objetivo conhecer as experiências e possibilidades de exercício da maternidade em condições de privação de liberdade numa prisão de mulheres em Portugal. Por quatro meses realizei etnografia no Estabelecimento Prisional de Tires, especificamente na Casa das Mães (que abriga grávidas e mães com suas crianças de até 5 anos), com técnicas combinadas de observação participante, análise de documento, entrevistas, projeção e debates de filmes documentais.

Reflito sobre o impacto do sistema de justiça na trajetória das mulheres encarceradas, desde uma dimensão de gênero que se aprofunda e se complexifica se interseccionada com outros marcadores sociais da diferença forjados pelo colonialismo. O feminismo negro, as perspectivas interseccionais e decoloniais rompem com a profecia de que o destino de toda mulher é maternidade. A "exaltação ideológica da maternidade" (Davis, 2016: 19), assim como o sistema de justiça criminal, opera de forma seletiva por meio de produções de gênero constituídas a partir de hierarquias raciais e sociais, que podem ser compreendidos enquanto legados pós-coloniais no funcionamento do sistema de justiça contemporâneo. Carla Akotirene propõe que o "racismo, capitalismo e hétero-patriarcado devem ser tratados pela interseccionalidade, observando os contornos identitários da luta antirracista diaspórica" (2018: 56).

Percorro a literatura produzida por diversas autoras brasileiras (Gonzalez, 1988; Flauzina, 2006; Carneiro, 2011; Alves, 2017; Akotirene, 2018) têm problematizado o sexismo e o racismo do sistema de justiça desde a perspectiva colonial e a herança escravocrata. Recorro à trilha inaugurada por Lelia Gonzalez ao propor a categoria político-cultural de *amefricanidade*, a partir da ideia de que a experiencia da escravidão não pode ser dissociada do colonialismo e de suas especificidades no Sul Global. A autora produz um pensamento em diálogo com arranjos coloniais transnacionais para pensar a matriz de dominação sustentada pelo racismo na América:

> A partir das resistências, como mecanismos estratégicos de visibilidade da história desses grupos, tem por objetivo pensar 'desde dentro' as culturas indígenas e africanas e, assim, afastar-se cada vez mais de interpretações centradas na visão de mundo do pensamento moderno europeu. (Gonzalez, 1988: 71)

[2] Realizada com financiamento da Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de São Paulo (FAPESP) na modalidade Bolsa de Pesquisa no Exterior (BPE). Processo X

Logo, para analisar o aprisionamento em Portugal, mobilizo teorias produzidas por autoras de países com passado colonial. Com isso, busco provocar uma inversão de cunho político-epistemológico na forma colonial de produzir conhecimento, na qual, os problemas da colônia são analisados a partir de marcos da metrópole. Mas além disso, é justamente nessa inversão que estão as ferramentas para análise da prisão como uma produção contemporânea do Estado português em *continuum* com o projeto colonial. As categorias forjadas pela dinâmica colonial passam a ser constituintes também das relações dentro do país-metrópole.

Clóvis Moura (2014: 176) nomeia "colonialismo endógeno", a especificidade da colonização portuguesa, que por sua decadência econômica e demográfica, teve que fazer com que as relações de exploração colonial-escravista funcionassem dentro de suas próprias fronteiras: "se de um lado Portugal trazia essa *gente negra,* de outro, coloca-a naqueles espaços sociais desqualificados, praticando no seu território aquilo que reproduzia nas suas colônias de além-mar: a escravidão" (Moura, 2014: 177). A prisão, como espaço desqualificado do século XXI, pode ser interpretada como uma reatualização das formas de exploração e hierarquização, que reconstituem, dentro do território português, a dinâmica colonial dos países explorados.

Ao agregar esses marcos teóricos na perspectiva pretendo avançar no debate e na produção de outras categorias analíticas que possam dar conta dessa temática tão complexa. Se em trabalhos anteriores (X, 2015, 2019) o debate se centrava na perspectiva de gênero e sistema de justiça, nos últimos esforços de pesquisa proponho avançar para pensar analiticamente a *maternidade encarcerada* e suas consequências desde uma perspectiva macro, de produção do Estado para além da questão prisional e dos corpos individualmente. Para tanto, retomo a provocação de Segato: "Depois do longo processo de colonização europeia, o estabelecimento do padrão da colonialidade e o aprofundamento posterior da ordem moderna sob a condução das Repúblicas (…) poderia agora, subitamente, o Estado retirar-se?" (2012: 113).

1. PRISÃO DE MULHERES EM PORTUGAL

Por quatro meses realizei etnografia no Estabelecimento Prisional de Tires (E.P. Tires), especificamente na Casa das Mães (que abriga grávidas e mães com crianças de até 5 anos), utilizando de técnicas combinadas de observação participante, entrevistas, análise de documentos, projeção e debates de filmes documentais. O Estabelecimento Prisional de Tires foi criado em 1953. Naquele momento, a região de Cascais era zona rural e o período era Estado Novo em Portugal. A ditadura de Salazar, iniciada em 1933, perduraria 41 anos até a Revolução dos Cravos, em 1974. A Cadeia Central de Mulheres, fundada em 1954, representou uma convergência com dois elementos ideológicos do Estado Novo: um que associava a zona rural ao trabalho e tranquilidade, em oposição às paixões que a cidade despertava (CUNHA, 1994, p. 29); e outro, que posicionava a mulher como gerente do lar, da moralidade e, logo, da nação:

> Recorde-se que a dicotomização do feminino era reforçada pela ideologia oficial do Estado Novo, cuja consubstanciação simbólica do lar e da nação

> enfatizava a necessidade do vínculo da mulher ao lar (do qual deveria ser a base moral) e do desempenho dedicado dos papéis de esposa e mãe, sendo através dessas funções que ela existia socialmente e participava na construção dos destinos da nação. Esta consubstanciação apresenta-se quer por via metafórica – a nação deve ser gerida como o lar – quer metonímica – a desagregação do lar repercute-se em cadeia no funcionamento da nação (CUNHA, 1994, p. 26)

De sua fundação até o ano de 1980, a cadeia de mulheres ficou a cargo da Nossa Senhora da Caridade do Bom Pastor, congregação católica fundada em 1835 no convento de Angers, na França, por Santa Maria Eufrásia Pelletier. As irmãs do Bom Pastor tiveram um papel central na gestão prisional das mulheres não só na Europa, mas na América Latina: já no século XIX estavam presentes na Argentina e Chile, e logo no Brasil (ANGOTTI, 2012, p. 189). A primeira penitenciária feminina brasileira, localizada em Porto Alegre (RS), leva o nome da santa francesa, e foi inaugurada em 1937, ano do golpe que instituiu o nosso Estado Novo, ditadura de Getúlio Vargas que duraria até 1946.

No ano de 1980, a prisão feminina de Tires passou à administração estatal. E as mulheres que até então, sob o controle das irmãs, ocupavam os três pavilhões do Estabelecimento Prisional, passaram a ser confinadas em um só. A sobreocupação do pavilhão tirou seu sentido celular, uma reclusa/uma cela (CUNHA, 2002, p. 31),.

> Na sequência do abandono do estabelecimento por parte das religiosas que até aí asseguravam a sua gestão e vigilância, todas as reclusas transitaram para um único pavilhão. Os dois restantes destinar-se-ão depois a uma escola de guardas e a uma população reclusa masculina, constituindo esta a situação em vigor durante o período em que realizei o trabalho de terreno em Tires. (CUNHA, 1994, p. 35)

Manuela Ivone Cunha enfatiza na sua primeira etnografia no E. P. de Tires, como o fora, a ideologia de Estado, conformou as práticas prisionais sobre a vida das mulheres. Na sua segunda incursão no campo, no começo dos anos 2000, com a instituição de uma economia da droga e a resposta seletiva e repressora do sistema de justiça, ela deparou-se com o reverso: "a prisão mostrou o que havia mudado no país" (CUNHA, 2002, p. 14).

No espaço de uma década que separa as duas pesquisas, a prisão amplificou-se na sociedade portuguesa, tanto em relação ao aumento de pessoas encarceradas quanto ao alcance das malhas penais fora do espaço prisional, especialmente em determinados bairros- "bairros de barracas, cassas abarracadas ou casas pré-fabricadas, bairros de realojamentos ou bairros sociais suburbanos" (CUNHA, 2002, p. 76), dos quais provinham 89% das reclusas de Lisboa e 86% do Porto.

Em 1993, Portugal aprova uma nova legislação de drogas[3] que aumenta a pena para o tráfico, dobra a pena acessória de expulsão dos estrangeiros (de 5 para 10 anos), e provoca recusas nas saídas precárias (CUNHA, 2002, p. 50)- fazendo com que mais

[3] Decreto-Lei 15/93.

pessoas sejam presas, cumprindo penas mais longas e de forma mais fechada. Em 10 anos, o encarceramento feminino mais que quadruplicou em Tires. Se, em 1987 o E. P. tinha 50 guardas, 177 reclusas distribuídas em 130 celas (CUNHA, 1994, p. 38), em 1997 passa a ter 150 guardas, e 820 presas para 435 vagas distribuídas nos três pavilhões originais (CUNHA, 2002, p. 32).

Em julho de 2001[4] entra em vigor uma nova política de drogas em Portugal. O país passa a descriminalizar o uso e a posse para consumo de todas as drogas. Uma década depois, atravessa uma grave crise económica (2010-2014). Nesse tempo, em tendência diversa ao aumento exponencial da prisão de mulheres que se passou no Brasil e em outros lugares do mundo, Portugal mantém estável o número de encarceradas, apesar de seguir alto para os padrões europeus.

A configuração do encarceramento feminino em Portugal também mudou no período. Em 2005, a criação do Estabelecimento Prisional Feminino de Santa Cruz do Bispo, no do país, deslocou o caráter agregador de Tires, que por 50 anos foi o único estabelecimento prisional feminino central do país. Em 2019, ano do campo desta pesquisa, Santa Cruz do Bispo tinha 298 reclusas e 10 crianças[5], enquanto que em E.P. Tires havia aproximadamente 400 mulheres e 15 crianças[6] distribuídas entre 3 pavilhões, um para provisórias, um para as condenadas e outro para o "regime aberto em interior (RAI)", além da Casa das Mães.

2. AMOSTRA: PORTUGALIDADE ENTRE PRETAS, CIGANAS E ZUCAS

Dentre as imensas dificuldades para realização de pesquisa empírica em prisão está o controle da interação no campo e com as pessoas interlocutoras da pesquisa. Álvaro Pires aponta como na pesquisa qualitativa a definição da amostra como "resultado de qualquer operação visando constituir o corpus empírico de uma pesquisa" é dotada de imprevisibilidade (Pires, 2008: 154- 155), e portanto, de elementos externos e dinâmicos, que não estavam no desenho inicial de pesquisa. Nos estudos prisionais, frente a ingerência da direção prisional (geral e local) e o forte controle dos espaços de interação social, o/a pesquisador/a tem pouca autonomia para constituição da amostra e circulação no campo de pesquisa, especialmente de contextos em grupo e sem supervisão de um agente da prisão, como nos espaços coletivos de convívio (pátio, galeria, refeitório).

No caso desta pesquisa, depois de obter autorização junto à Direção Geral de Serviços Prisionais (DGSP) e negociar o calendário e as condições de minha entrada junto à direção do E.P. de Tires, realizei duas reuniões introdutórias na Casa das Mães, nas quais me apresentei, contei minha trajetória profissional, expus um panorama da situação das mães presas no Brasil, e as convidei a participar da pesquisa. Sabia que contaria com uma amostra pequena, já que na unidade materno-infantil vivem em média vinte mulheres e sua participação dependeria ainda de outros dois fatores: do

[4] Lei 30/2000.
[5] https://tvi24.iol.pt/sociedade/matosinhos/prisao-de-santa-cruz-do-bispo-fecha-2019-com-298-reclusas, acesso 23/01/2020.
[6] Caderno de campo, Conversa informal com diretora, 18/6/19.

interesse delas e de que não estivessem trabalhando no período da tarde, quando ocorria nossos encontros.

Depois da segunda reunião de apresentação, Alexandra[7], lisboeta acusada de tráfico de drogas, mãe de 4 filhas na rua e que estava presa com Clarice, de 1 anos. Me procurou, dizendo ter formação universitária, e que por isso, compreendia meus objetivos de pesquisa. Ela se dispôs a me ajudar na interlocução com as colegas, me informando do interesse e disponibilidade das outras mulheres em participar da pesquisa[8]. Nas primeiras semanas, entregava uma lista para a guarda, e as esperava no refeitório sozinha. Elas vinham uma a uma, muitas vezes acompanhadas de seus bebês, para as entrevistas. Foram realizadas no total de dez entrevistas, com média de duas horas de duração, registradas com um gravador e posteriormente transcritas.

Além das entrevistas, tive que elaborar uma estratégia para continuar com o campo de pesquisa de modo a aprofundar o debate da maternidade na prisão, preservando ética e emocionalmente minhas interlocutoras. A partir daí, e em conjunto com as mulheres, elaboramos o Cine-Tires, pelo qual passávamos duas tardes da semana assistindo filmes juntas na sala lúdica da prisão. A realização dessas sessões foi uma forma de compartilhar momentos com elas sem que minha vontade de saber estivesse pautando a comunicação o tempo todo. Desde aí, pudemos construir uma relação de confiança e cumplicidade, a qual abriu espaço para a escuta e cuidado dentro do grupo.

No segundo mês de campo, já trabalhava com um grupo fixo em torno de dez mulheres, as quais eu já havia entrevistado, e outras que demonstraram interesse em participar dos encontros, e que viria a entrevistar. A partir de então, na minha chegada tinha que entregar a lista com os nomes e sobrenomes das participantes na entrada da Casa das Mães, os quais eram anunciados pausadamente no microfone por uma das guardas, seguidos da instrução "dirija-se a sala lúdica". O grupo foi composto de oito mulheres de origem portuguesa - três das quais de etnia cigana, uma cabo-verdiana residente em Portugal há mais de 20 anos, e uma brasileira. Dessas 10 mulheres, seis respondiam por tráfico de drogas, duas por crimes contra propriedade e duas por crimes contra a vida. Os dados oficiais sobre estado civil, registrados nas fichas biográficas dos arquivos prisionais dessas mulheres apontavam que seis estavam solteiras, três em *união de facto* e uma viúva. Esse dado não correspondia ao que conhecia delas, dado que ao menos duas daquelas mulheres tinham uniões duradouras e com filhos com os companheiros, mas seguiam como solteiras nos registros oficiais.

Os pretensos atributos de raça se inscrevem no corpo. Desde o início, notei as marcas da diferença na experiência da cabo-verdiana Ana, a única negra do grupo; depois de Laís, parda com traços indígenas, única representante sul-americana. O marcador étnico apareceu em seguida, mas ainda no encontro de apresentação,

[7] Todos os nomes das interlocutoras de pesquisas foram trocados e escolhidos junto com elas de modo a preservar suas identidades.

[8] Antes de cada entrevista, explicava a cada uma os detalhes da pesquisa, inclusive sob as aspectos éticos. Lia o Termo de Consentimento Livre e Esclarecido (TCLE), no qual explicitava a voluntariedade e a possibilidade de desistência a qualquer momento. Nesse momento também falava do direito/dever do anonimato e pedia para que escolhessem um nome para que as identificasse na pesquisa, somente duas delas quiseram se renomear. A maioria queria manter o nome original, e ao final, deixou para mim a escolha de como nomeá-las nesta pesquisa. Busquei como critério escolher nomes que eram de origem similar com os originais. Como por exemplo, no caso das crianças, que tinham nomes de personagens bíblicos, escolha comum entre as portuguesas, especialmente as de etnia cigana.

quando uma delas me revela triste que perdeu o casamento da filha [9]. Ela branca, jovem, sorridente mesmo com alguns dentes faltando. Não consigo disfarçar o espanto frente à uma mulher muito mais nova que eu, mãe de uma filha de dois anos na época: "Você já tem uma filha que vai casar?".

Meu espanto revela, a mim e a elas, que minha perspectiva e expectativas em torno da maternidade têm raça e classe. Minha interação com essas interlocutoras serão constituídas a partir da minha própria experiência de maternidade branca, tardia e privilegiada. Nesse momento, Alexandra mais uma vez na função de mediadora da minha interação com elas, pede para que ela me explique "sua tradição" , na qual as meninas se casam cedo. Nesse momento, fico sabendo que três daquelas oito portuguesas brancas, eram de origem cigana [10], com vários laços de parentescos entre si.

Com a convivência, pude identificar os arranjos locais em torno de raça, etnia e nacionalidade, e logo compreender a constituição do grupo daquelas que seriam minhas interlocutoras naquele espaço. Pretas, ciganas e *zucas* [11] são as denominações que nomeiam as Outras na prisão. As categorias êmicas são formuladas pelas portuguesas brancas, que não são nomeadas, nomeiam- com exceção para minha entrevista individual com a brasileira Laís, que referiu-se às portuguesas como *tugas* [12], vocabulário comum entre os brasileiros em Portugal. Essa tendência foi apontada por Manuela Ivone da Cunha em relação às mulheres brancas sem ligação com o tráfico de drogas, que não era o caso das minhas interlocutoras:

> Dentro, hoje, os referentes étnico-«raciais» são manejados no modo desqualificante pelas esparsas detidas da pequena burguesia branca e cujo crime não tem conexão alguma com a droga. São estas que, convocando representações emergentes no exterior, procedem a uma categorização que amalgama *pretos* (entre os quais, os cabo-verdianos), *ciganos*, droga, degradação e bairro-*ghetto*. (Cunha, 2002: 278)

Na Casa das Mães, o número reduzido de mulheres faz com que todas tenham que conviver: "A separação é menor que os pavilhões onde preta fica com preta, portuguesa com portuguesa, cigana com cigana" [13]. E, *zuca* com *zuca*, (logo que chegou, antes de descobrir a gravidez, Laís foi colocada em uma cela com outras quatro brasileiras [14]. Apesar de não haver divisão oficial por grupos na Casa das Mães, a distribuição nas alas entre provisórias e condenadas e o posicionamento das celas são rearranjados para evitar confusões, que eclodem geralmente da briga entre as crianças e trazem à tona visões distintas sobre as formas de ser mãe. Assim, no convívio, os grupos constituem redes de apoio e afeto, que não são fechadas em si:

[9] Caderno de campo, reunião de apresentação da pesquisa, 18/06/19.
[10] As mulheres na prisão em Tires não vestem uniformes, mas não podem usar saia, que seria uma marca da vestimenta das mulheres de etnia cigana na rua.
[11] Brasileiras, de "brazucas".
[12] Portuguesas, de "portugas".
[13] Transcrição de entrevista com Alexandra realizada em junho de 2019.
[14] Transcrição da entrevista com Laís realizada em setembro de 2019.

> Dá menos trabalho para quem não quer sair daquele modo de vida, assim agregam-se culturas. Nós comemos por alas, mas depois vê-se essa divisão das mesas, as mesas com ciganas, mesa com portuguesas... Por exemplo, as ciganas que ninguém consegue chegar à elas, elas vêm ter comigo e dizem: "se eu brigar tu dá-me dois estalos por favor".[15]

Em etnografia em Tires no final dos anos de 1990, Cunha aponta que o glossário local contemplava termos como branca, preta, africana, cabo-verdiana, angolana, cigana e *corrilha* (não-ciganas). Já nos anos 2000, essas categorias não tinham a mesma força já que a cabo-verdiana virou um termo guarda-chuva para referir-se à diversidade de mulheres negras presas, uma categoria elástica criada pelas não-africanas, que relativizava o fato da nacionalidade, origem ou naturalidade.

> Porquê esta subsunção da cor na categoria *cabo-verdianas*, quando seria mais previsível a relação de englobamento inversa, ou seja, que angolanas, guineenses, são-tomenses, etc. – *e* cabo-verdianas – fossem designadas, por exemplo, por *negras* ou *pretas*? Porque, creio, a noção de *cabo-verdiano* era na altura boa para estigmatizar, ou, em todo o caso, melhor do que as que codificavam a cor da pele. (Cunha, 2002: 276)

O fato do grupo ter começado com Alexandra e as mulheres que lhe eram mais próximas, não à toa brancas portuguesas, marcou a constituição da amostra. As mulheres de etnia cigana, presentes em maior parte na reunião de apresentação, deixaram o grupo em um primeiro momento e, de início, não quiseram ser entrevistadas, com exceção da jovem Juliana. A sua permanência atraiu Rosa, casada com seu tio, grávida de seu primo no início do grupo e com bebê no colo nos últimos encontros. E ainda, Silvia, cunhada de Rosa, que precisava de ajuda com uma informação da segurança social. Nos primeiros encontros, havia três mulheres negras, duas delas ainda grávidas. Apesar de participarem ativamente das discussões nas duas tardes de apresentação do projeto, só Ana ficou no grupo. Em entrevista com ela pergunto se havia preconceito na prisão:

> *Ana*- Aqui tem preconceito? Muito, quando é preto então.
>
> - Porque já tem por ser presa?
>
> *Ana*- Já tem por ser preto. Antes de ser preso, tu já és preta. Depois vem prisão. Mas pior é ser preto. Um caso de um traficante solto, só por causa de ter dinheiro está fora? Muitas vezes eu disse, arrependi bastante por não ter vendido droga. Não compensa ser bom.[16]

Se no Brasil o debate sobre a questão racial teve um grande avanço na última década, em Portugal a questão segue como um tabu, tema interdito. A proibição de realizar categorizações étnico-raciais está na lei: o Decreto-Lei 28/94 proíbe a recolha de dados acerca da origem étnica. Essa visão republicana de constituição do sujeito individual reveste-se da colonialidade no projeto de não reconhecer certas populações enquanto coletividade de pessoas que compartilharam experiências de opressão e estratégias de resistência.

[15] Transcrição de entrevista com Alexandra realizada em junho de 2019.
[16] Transcrição de entrevista com Ana realizada em julho de 2019.

3. SANGUE E TERRITÓRIO: RACISMO E COLONIALISMO NA PRISÃO DE MÃES EM PORTUGAL

Nos início dos anos 2000, Manuela Ivone Cunha apontava que "existem na cadeia fortes proporções de reclusas ciganas ou de origem africana, embora seja difícil detectar com precisão" (Cunha, 2002: 77). A dificuldade de precisar o perfil étnico-racial das mulheres presas em Portugal não é só técnica, de falta de instrumentos para recolha de dados, mas também política. Discutir raça e etnia em Portugal leva-nos a pensar sobre a própria constituição do Estado Português e as heranças desse ambicioso projeto além-mar na sociedade portuguesa dos dias de hoje.

Nem toda pessoa nascida em Portugal é portuguesa, a despeito de assim se sentir e de nunca ter colocado o pé em terra estrangeira. Ao contrário do Brasil, que adota o *jus soli*, em que a nacionalidade é atribuída pelo local de nascimento, independe da nacionalidade dos pais ou mesmo da situação de residência dos pais estrangeiros no país; Portugal, assim como a maioria dos países europeus, usa o *jus sanguinis*, para conceder a cidadania pela ascendência. A concessão da cidadania apenas pelo sangue é parte do racismo de um Estado que agora nega como seu o legado das conquistas no ultramar.

A portugalidade como "qualidade própria do que é português" tem sua origem nas décadas de 1960 e 1970, "o que faz com que seja um produto do Estado Novo, período em que foram enaltecidos, através da propaganda, os feitos dos portugueses, com destaque para os Descobrimentos" (Sousa, 2017: 29). Estes feitos estão presentes nos momentos e na narrativa sobre a constituição do país, eles são mobilizados para enaltecer a grandeza portuguesa, mas negados em relação à responsabilidade histórica portuguesa pela violência colonial. Essa herança está mais viva ainda nos países do continente africano e entre sua população, que até a segunda metade do século passado ainda viviam sob domínio português.

As três mulheres negras que foram minhas interlocutoras na Casa das Mães vinham de ex-colônias portuguesas: Cabo Verde, Angola e São Tomé e Príncipe. Duas delas nunca pisaram no país que carregam no passaporte, por isso entendem-se como portuguesas, e assim se apresentaram. Entretanto, pela atual lei portuguesa de nacionalidade, permaneceram estrangeiras já que é condição para requerer a nacionalidade não ter condenação criminal. Seus filhos e filhas nascidos na prisão não eram registrados como portugueses e, até regularizarem a situação nos consulados de origem, eram crianças sem nacionalidade. Em seu registro de nascimento tem grafada a prisão como local de habitação, conforme será apontado adiante.

Ainda que não tenhamos estatísticas do perfil étnico-racial, a super-representação de estrangeiras entre as presas em Portugal indicam a ação racializada do sistema de justiça criminal. Em 2019, havia um número representativo de estrangeiras entre as detidas: 201 mulheres, representando 23,4% do total [17]. Entre as estrangeiras presas em Portugal, 103 eram brasileiras e 26 provinham de outras antigas colônias p portuguesas (15 de Cabo Verde, 7 de Angola, 2 da Guiné-Bissau, 1 de Moçambique e 1 de São Tomé

[17] https://dgrsp.justica.gov.pt/Estat%C3%Adsticas-e-indicadores/Prisionais/2019, consultado 8.05.2021.

e Príncipe) [18] . Assim, as mulheres das antigas colônias p portuguesas representavam 64% das estrangeiras e 15% do universo geral das mulheres presas.

O racismo na Europa recai também sobre o povo cigano que tem uma história longa de perseguição, com uma grande representação nas prisões- também três das minhas doze interlocutoras em Tires eram ciganas. Apesar de estar em Portugal desde o século XV, essa população é marginalizada no acesso aos direitos e uso do território, fazendo com que ela tenha que estar em constante movimento. Dada sua permanência de longa data no país, as pessoas de etnia cigana, ao contrário dos ex-colonizados, não tem problema em obter a cidadania portuguesa. Porém, se essa população é tida como oficialmente portuguesa (inclusive nos censos não há como identificá-la em relação aos demais portugueses), esse reconhecimento não faz com que tenha acesso aos direitos de cidadão de "primeira classe".

A constituição da etnia cigana como Outra, em contraste com a portuguesa, esteve presente em diversos discursos no campo prisional, como na fala de Berta, diretora da creche, ao me contar das principais dificuldades com os miúdos: "Como vou te explicar? Muitos são ciganos, né? Você sabe o que é, né? Então essa gente cria a criança solta, a comer no chão, sem regras. Aí é difícil, tem que ensinar tudo" [19]. A educação da prisão, especialmente das crianças das Outras, é uma educação moral. A concepção de Berta em relação às ciganas as coloca fora do marco civilizatório.

Na segunda vez que começou a referir-se aos ciganos nas nossas conversas, aproveitei a deixa e falei que não conhecia muito "o que era", e pedi para que me detalhasse: "pessoas que têm pouca instrução, não podem ir a escola, não sabem escrever, vivem em barracas, vendem nas feiras". Sobre as mães ciganas, ouvi dela que "amamentavam muito"- o que dificultava a alimentação na creche, não davam *chucha* [20] para os bebês pararem de chorar, "não tem que comer nada, são criados assim soltos", e ainda que "não há regras, no pequeno almoço as crianças chegam comendo salsicha na mão" [21]. Essas escolhas eram interpretadas, desde a perspectiva da maternidade branca, como defeitos dessas mulheres, ainda mais porque ser criado solto, com apego e sem regra vai de encontro com a maternidade dessas mulheres, que se quer encarcerada.

Grada Kilomba (2019: 142) aponta as proximidades das narrativas em torno da maternidade Roma e Sinti (dois dos principais grupos ciganos) e das mulheres negras pelo imaginário branco; sobre ambas constrói-se a fantasia de que essas mulheres "possam roubar crianças" e estariam ligadas "à imagem inconsciente das mulheres negras como mães *ideias*". "Ser cidadã de segunda classe" é como Buchi Emecheta (2018) sintetiza sua experiência de uma mulher nigeriana instruída em Londres. Marli Costa e Simone Andrea Schwinn em pesquisa sobre mulheres imigrantes e refugiadas, refletem como essas mulheres tem que "conviver com todos os estereótipos aqui elencados, acrescidos do fato de serem mulheres e migrantes, o que gera desconfiança sobre suas intenções e interesses na busca por uma nova sociedade" (2018, 122)

[18] https://dgrsp.justica.gov.pt/Portals/16/Est%C3%A1tisticas/%C3%81rea%20Prisional/Anuais/2019/quadro_12.pdf?ver=2020-04-29-150126-060, consultado 8.05.2021.
[19] Caderno de campo, visita à Creche, 18/07/19.
[20] Chupeta.
[21] Caderno de campo, visita à Creche, 18/07/19.

A perspectiva colonial hierarquiza e coloca na segunda classe: as ciganas, as brasileiras, as angolanas - ainda que tenham sangue português, distribuindo de forma desigual os castigos e privilégios. Sem dados que façam o recorte de raça e etnia, não se pode mensurar a economia dessa distribuição e avançar no processo de decolonização.

Em 2019, as primeiras mulheres negras foram eleitas para o Parlamento português: três deputadas nascidas em ex-colônias africanas: Romualda Fernandes e Joacine Katar Moreira de Guiné Bissau, Beatriz Gomes Dias do Senegal. A corporificação dessas "cidadãs de segunda classe" em um espaço do poder colonial, com pautas em torno de igualdade de gênero, minorias, inclusão social, imigração, contribuiu para reacender os debates em torno da portugalidade. Em 2020, a Lei da Nacionalidade Portuguesa (Lei nº 37/81) foi assunto de debate e alterações [22] pela Assembleia da República em Portugal. A nova lei passou a reconhecer nacionalidade portuguesa à nascença os filhos de imigrantes que residam em Portugal há pelo menos um ano, ainda que de maneira ilegal (*art. 1, alinha f*).

Apesar do avanço em reconhecer a cidadania pelo território e não pelo sangue, ela é vedada à pessoas como produções de Estado excludentes. Os *artigos 3 e 9 (1 alinha b)* estabelece que a "existência de laços de efetiva ligação à comunidade nacional" depende da "não condenação a pena de prisão igual ou superior a 3 anos, com trânsito em julgado da sentença, por crime punível segundo a lei portuguesa". Logo, apesar de agora, as filhas e filhos das imigrantes que conheci em Tires terem chance de serem reconhecidos como cidadãos portugueses, elas não tem. O Estado ao produzir o atravessamento da prisão em suas biografias produz "cidadãs de segunda classe".

NOTAS FINAIS

A realidade do sistema prisional não é um projeto de Estado que falhou, mas é sinal de sucesso de um Estado colonial e racista que emprega nas margens e sobre os marginalizados tecnologias de governo de controle de pessoas e populações, que falam não só de seu funcionamento nas margens, mas principalmente, sobre o próprio modo de fazer-se Estado. Estado este que não está localizado dentro ou fora das prisões, mas justamente no meio, dentro e fora, que as atravessa com suas tecnologias de governo, colocando a prisão no centro da gestão das políticas de vida e de morte. O atravessamento pelo sistema penal afeta as populações de formas distintas, instituindo hierarquias em torno do valor da vida, a partir de uma "distribuição diferencial da precariedade" (Butler, 2018: 54).

Na escala de valores coloniais, os negros, indígenas, e outros segmentos étnicos como ciganos, foram considerados inferiores, por isto mesmo, destinados ao trabalho escravo (Moura, 2013: 180). Hoje, a prisão, como lugar-destino das Outras, reatualiza essa hierarquia e aciona a biolegitimidade como critério de ação da política sobre esses corpos. O Estado, por meio do seu braço penal, produz desigualdades para além da privação de liberdade. O reconhecimento do valor das vidas segue atrelado ao direito

[22] Lei Orgânica n.º 2/2020.

de sangue e outros marcadores sociais e raciais que afastam das mulheres presas e suas crianças as possibilidades de reconhecimento pleno de sua cidadania, de direito e/ou de fato.

Dentre minhas interlocutoras, as três mulheres negras vinham de ex-colônias portuguesas, assim como Laís, jovem parda do Norte do Brasil; todas tiveram crianças que têm a prisão na sua certidão de nascimento, mas elas mesmas não terão direito à cidadania portuguesa. As portuguesas de origem cigana Silvia, Rosa e Juliana com redes parentesco e de seguridade social capturadas pela prisão, assim como duas das quatro portuguesas presas por comércio ilegal de drogas junto com sua familia, fazem pensar o sistema de justiça criminal na produção de "vidas precárias". Voltando à pergunta de Segato, como poderia, agora, o Estado retirar-se? O "colonialismo endógeno" constituiu e constitui as instituições e as relações raciais em Portugal "marcando profundamente o comportamento do português não na direção de uma democracia real, mas pelo contrário, na de um comportamento que tinha na imagem do negro imbrincada na imagem dos escravos" (Moura, 2013: 180).

Compreender a prisão pela perspectiva da colonialidade e maternidade é deparar-se com tecnologias disciplinares-reprodutivas que atingem de forma diferencial os corpos das mulheres, e nos obriga a repensar a ação do poder para além do universal masculino. Há algo específico no entroncamento do poder desnudo na prisão com o governo sobre os corpos das mulheres: sua ação simultânea na pessoa e na população, disciplina e biopoder. A prisão de mulheres realiza a gestão dos ciclos de vida, controla a sexualidade, a contracepção, a gestação, a alimentação, a educação, o cuidado. O controle sobre esses corpos passa pela reprodução, que está no centro da tecnologia colonial-civilizatória, e portanto, reatualizadora do racismo nas nossas sociedades contemporâneas.

REFERÊNCIAS

Angotti, Bruna (2012), Entre as Leis da Ciência, do Estado e de Deus, São Paulo, IBCCRIM.

Akotirene, Carla (2018), **O que é interseccionalidade**? São Paulo, Pólen.

Alves, Enedina do Amparo (2017), "Rés negras, juízes brancos: uma análise da interseccionalidade de gênero, raça e classe na produção da punição em uma prisão paulistana" , **Revista CS,** nº 21, p. 97-120, http://www.scielo.org.co/pdf/recs/n21/2011-0324-recs-21-00097.pdf [consulado 13 de maio de 2020].

Barros, Douglas Rodrigues (2019). **Lugar de negro, lugar de branco? Esboço para uma crítica à metafísica racial.** São Paulo: Hedra.

Butler, Judith (2018), **Quadros de guerra: quando a vida é passível de luto?** Rio de Janeiro: Civilização Brasileira.

Carneiro, Sueli (2011), **Racismo, sexismo e desigualdade no Brasil**. São Paulo: Editora Selo Negro.

COSTA, Marli Marlene Moraes da; SCHWINN, Simone Andrea (2018). Qual o lugar das mulheres no mundo? O peso dos estereótipos de gênero sobre as mulheres migrantes e refugiadas. **NOMOS Revista do Programa de Pós Graduação em Direito da UFC**, Fortaleza, v. 38, n. 2, p. 117-131. Disponível em: <http://www.periodicos.ufc.br/nomos/article/view/30859>. Acesso em 05 jan. 2019.

Cunha, Manuela Ivone da (1994), **Malhas que a reclusão tece. Questões de identidade numa prisão feminina**, Cadernos do Centro de Estudos Judiciários. Lisboa.

_____(2002), **Entre o bairro e a prisão: Tráfico e trajectos**, Fim de Século, Lisbon.

Davis, Angela (2016), **Mulheres, raça e classe**. São Paulo: Boitempo.

Emecheta, Buchi (2018), **Cidadã de segunda classe**. Porto Alegre: Dublinense.

Flauzina, Ana Luiza (2006), **Corpo negro caído no chão: o sistema penal e o projeto genocida do Estado brasileiro,** Mestrado em Direito, Universidade de Brasília (UnB).

Gonzalez, Lélia (1988) A categoria político-cultural de amefricanidade, **Tempo Brasileiro,** Rio de Janeiro, nº 92/93, 69-82.

Kilomba, Grada. ***Memórias* da plantação: episódios de racismo cotidiano.** Rio de Janeiro: *Editora* Cobogó, *2019*.

Moura, Clóvis (2014). **Dialética Radical do Brasil Negro**. São Paulo: Fundação Maurício Grabois; Anita Garibaldi.

Pires, Álvaro (2008), Amostragem e pesquisa qualitativa: ensaio teórico e metodológico, In: Poupart, Jean et al. **A pesquisa qualitativa: enfoques epistemológicos e metodológicos**. Petrópolis: Vozes, 154-211.

Segato, Rita Laura (2012), "Gênero e colonialidade: em busca de chaves de leitura e de um vocabulário estratégico descolonial", **e-cadernos CES [Online**], 18 | 2012, colocado online no dia 01 dezembro 2012, consultado a 30 abril 2019. URL : http://journals.openedition.org/eces/1533 ; DOI : 10.4000/ eces.1533

Sousa, Vítor de, (2017), **Da 'Portugalidade' à Lusofonia**. Braga: Edições Humus.

SOLIDARITY UNDER ÉMILE DURKHEIM'S THEORY AND ITS (IN)COMPATIBILITY WITH INTERNATIONAL LAW

Julia Motte-Baumvol[1],
Gabriel Braga Guimarães[2]

ABSTRACT

Due to its capacity to unite diverse perspectives towards a shared objective, solidarity has become a crucial element in tackling transnational challenges. Among the many scholars who have delved into the examination of solidarity as a social phenomenon, the work of Émile Durkheim stands out. Considering the analysis conducted in Durkheim's work is based on human individuals, one can wonder if the concepts of solidarity developed by the French scholar are compatible with interstate relations and, therefore, to what extent they foster the development of solidarity in the international law framework. This paper aims to analyze the compatibility of Émile Durkheim's theory concerning solidarity with the specificities of international Law. By acknowledging the limitations and challenges of Durkheim's theory, this research aims to contribute to a more precise and effective understanding of solidarity within the international legal framework. The article first examines Durkheim's conceptualization of solidarity. It then assesses how this theory aligns with the unique characteristics of applying solidarity in interstate relations. The conclusion highlights that Durkheim's theory encounters challenges when directly applied to relations regulated by international law. The legal delineation of solidarity is still a work in progress within this branch of law, leaving ambiguity regarding what it means and in which situations it is to be applied. To sum up, this study emphasizes the growing significance of solidarity in international law and the necessity for a critical examination of Émile Durkheim's theory within the context of interstate relations.

[1] Professora da Faculdade de Direito da Universidade Paris Cité. Pós-doutora pela Université de Genève. Doutora em Direito Internacional Público pela Université Paris I Panthéon- Sorbonne. Professora Associada na Sorbonne Université Abu Dhabi. Pesquisadora Visitante do Instituto de Direito Europeu e Comparado (Oxford University).

[2] Doutorando em Direito na Universidade Federal do Ceará (UFC) em cotutela com a Université Paris Cité, na França. Mestre em Direito do Desenvolvimento Sustentável pela Université Paris Cité (França). Mestre em Direito pela Universidade Federal do Ceará (UFC). Bolsista da Fundação Cearense de Apoio ao Desenvolvimento Científico e Tecnológico (FUNCAP).

Keywords: Solidarity. Émile Durkheim. International law. International society. Interstate relations.

LA SOLIDARITÉ SELON LA THÉORIE D'ÉMILE DURKHEIM ET SA (IN)COMPATIBILITÉ AVEC LE DROIT INTERNATIONAL

RÉSUMÉ

Grâce à sa capacité à unir diverses perspectives vers un objectif commun, la solidarité est devenue un élément crucial pour relever les défis transnationaux. De nombreux chercheurs se sont penchés sur l'examen de la solidarité en tant que phénomène social, parmi lesquels le travail d'Émile Durkheim se distingue. Cependant, considérant que l'analyse présentée dans le travail de Durkheim est basée sur des êtres humains, on peut se demander si les concepts de solidarité développés par le sociologue français sont compatibles avec les relations interétatiques et, par conséquent, dans quelle mesure elles font progresser le développement de la solidarité dans le cadre du droit international. Cet article vise à analyser la compatibilité de la théorie de la solidarité de Durkheim avec les spécificités de sa mise en œuvre en droit international. En reconnaissant les limites et les défis rencontrés dans la théorie d'Émile Durkheim, cet article vise à contribuer à une compréhension plus précise et efficace de la solidarité dans le cadre juridique international. L'article examine d'abord la conceptualisation de la solidarité selon la théorie de Émile Durkheim. Il évalue ensuite comment cette théorie s'aligne sur les caractéristiques uniques des relations interétatiques. Les résultats soulignent que la théorie de Durkheim rencontre des défis lorsqu'elle est directement appliquée au cadre de relations régies par le droit international. La délimitation juridique de la solidarité est encore assez opaque au sein de cette branche du droit. En conclusion, cette étude souligne l'importance croissante de la solidarité en droit international et la nécessité d'un examen critique de la théorie de Émile Durkheim dans le contexte des relations interétatiques.

Mots-clés: *Solidarité. Émile Durkheim. Droit international. Société internationale. Relations interétatiques.*

INTRODUCTION

States have become deeply interconnected through complex ties. The scale of recent crises—spanning public health, the economy, the environment, and humanitarian issues—transcends national borders and political systems. These global crises underscore the need for close cooperation and effective coordination among states to anticipate, mitigate, and respond to them. Thus, solidarity among states is crucial to find solutions to these challenges.

The concept of solidarity is complex and has several dimensions, depending on the spectrum of relations it is applied to. Derived from the Latin word *solidus*, the notion of solidarity expresses the idea of sharing responsibilities for a common goal[3]. As a legal technique, solidarity allows bringing together different people and heterogeneous interests into creating a sense of collective responsibility[4].

[3] DANN, Philipp. Solidarity and the Law of Development Cooperation. In: WOLFRUM, Rüdiger; KOJIMA, Chie (eds.) **Solidarity**: A Structural Principle of International Law. Beiträge zum ausländischen öffentlichen Recht und Völkerrecht, v. 213. Springer, Berlin, Heidelberg, 2010. p. 55-91, p. 57.

[4] FEDERICO, Veronica. Conclusion: Solidarity as a Public Virtue?. In: FEDERICO, Veronica; LAHUSEN, Christian (eds.). **Solidarity as a Public Virtue?**: Law and Public Policies in the European Union. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft mbH, 2018. p. 495-542, p. 496.

The "revolutionary core" of the concept of solidarity remains in the idea of equality between donor and recipient[5]. Unlike vertical relationships, such as charity or philanthropy, in which the giver gives due to pity, solidarity is based on a horizontal relationship[6]. Solidarity foster all members of a given community to contribute and at the same time benefit from this community[7].

Hence, solidarity is a notion that plays an increasing role in the international legal framework[8]. Indeed, although international law has been developed to "define areas of jurisdiction for states in respect of others and to co-ordinate state activities where such may interfere with the interest of other states"[9], states have become increasingly interdependent, which shapes the relations between them and thus puts more value in the cooperative processes[10].

As a result, an important international practice on solidarity has been developed in the last four decades. One can mention to this matter a myriad of international legal instruments which mention solidarity: the Vienna Declaration and Programme of Action (1993), the UN Millennium Declaration (2000), the UN resolution on the Promotion of a democratic and equitable international order (2004), the UN resolution on the respect for the purposes and principles contained in the Charter of the United Nations to achieve international cooperation in promoting and encouraging respect for human rights and for fundamental freedoms and in solving international problems of a humanitarian character (2004), the UN 2030 Agenda for Sustainable Development (2015) and the UN Political declaration of the high-level political forum on sustainable development convened under the auspices of the General Assembly (2023).

To a majority of the internationalist doctrine, solidarity is considered a "universal value"—also called by some scholars a "structural principle"[11]—underlying the foundations of the international law framework. This legal status of solidarity is usually demonstrated by references to particular legal regimes[12], which allow the recognition

[5] DANN, Philipp. Solidarity and the Law of Development Cooperation. In: WOLFRUM, Rüdiger; KOJIMA, Chie (eds.) **Solidarity**: A Structural Principle of International Law. Beiträge zum ausländischen öffentlichen Recht und Völkerrecht, v. 213. Springer, Berlin, Heidelberg, 2010. p. 55-91, p. 57.

[6] DANN, Philipp. Solidarity and the Law of Development Cooperation. In: WOLFRUM, Rüdiger; KOJIMA, Chie (eds.) **Solidarity**: A Structural Principle of International Law. Beiträge zum ausländischen öffentlichen Recht und Völkerrecht, v. 213. Springer, Berlin, Heidelberg, 2010. p. 55-91, p. 57.

[7] FEDERICO, Veronica. Conclusion: Solidarity as a Public Virtue?. In: FEDERICO, Veronica; LAHUSEN, Christian (eds.). **Solidarity as a Public Virtue?**: Law and Public Policies in the European Union. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft mbH, 2018. p. 495-542, p. 496.

[8] MACDONALD, Ronald St. J.. Solidarity in the Practice and Discourse of Public International Law. **Pace International Law Review**, [S.L.], v. 8, n. 2, 1 abr. 1996, p. 259.

[9] WOLFRUM, Rüdiger. Solidarity amongst States: an Emerging Structural Principle of International Law. In: DUPUY, Pierre-Marie (ed.). **Völkerrecht als Wertordnung**: Festschrift für Christian Tomuschat. Kehl A. Rhein: Engel, 2006. p. 1087-1101, p. 1088.

[10] GOROBETS, Kostiantyn. Solidarity as a Practical Reason: Grounding the Authority of International Law. **Netherlands International Law Review**, [S.L.], v. 69, n. 1, p. 3-27, 28 fev. 2022, p. 4.

[11] WELLENS, Karel. Revisiting Solidarity as a (Re-)Emerging Constitutional Principle: some further reflections. In: WOLFRUM, Rüdiger; KOJIMA, Chie (eds.) **Solidarity**: A Structural Principle of International Law. Beiträge zum ausländischen öffentlichen Recht und Völkerrecht, v. 213. Springer, Berlin, Heidelberg, 2010. p. 3-54, p. 40.

[12] GOROBETS, Kostiantyn. Solidarity as a Practical Reason: Grounding the Authority of International Law. **Netherlands International Law Review**, [S.L.], v. 69, n. 1, p. 3-27, 28 fev. 2022, p. 9.

and identification of "patterns of solidarity"[13]. The aforementioned terminology—structural principle—is generally applied to concepts, e. g. "fairness" and "equity", which serve as "an interpretative tool to interpret primary rules of international law"[14].

Moreover, according to the International Law Commission, "structural principles" or "general principles of law" serve as "means to interpret other rules of international law or as a tool to reinforce legal reasoning. A more abstract role is sometimes attributed to them, such as that they inform or underlie the international legal system, or that they serve to reinforce its systemic nature"[15]. As of now, solidarity is considered to have no binding quality. Therefore, its legal status is perceived as closer to a "value" than to a "principle", if we consider that principles are norms which generate obligations.

Without delving into this doctrinal debate, this article starts from the fact that solidarity occupies a peculiar position in the international law framework. On one side, due to its ambiguous legal status[16], and, on the other side, due to the challenges concerning the scope of the concept of solidarity in international law, which is still hermetic considering the difficulty of differentiation from other similar but diverse concepts such as cooperation and loyalty.

With regard to the mixing of the notion of "solidarity" with the notion of "cooperation", one should notice that cooperation at the international level implies the coordinated voluntary action of two or more states that occurs under a legal regime and serves a specific objective[17]. However, solidarity goes beyond the mere cooperation for it requires the conscious understanding of community members that their own interests are part of the whole[18].

Furthermore, concerning the concept of "loyalty", one should notice that "loyalty has to be clearly distinguished from solidarity"[19]. Indeed, "the phenomenon of group loyalty and sharing resources existed long before the idea of solidarity developed"[20], while "the transformation of the legal concept of solidarity into a political concept seems to have begun in the latter half of the eighteenth century"[21]. However, "loyalty

[13] WELLENS, Karel. Revisiting Solidarity as a (Re-)Emerging Constitutional Principle: some further reflections. In: WOLFRUM, Rüdiger; KOJIMA, Chie (eds.) **Solidarity**: A Structural Principle of International Law. Beiträge zum ausländischen öffentlichen Recht und Völkerrecht, v. 213. Springer, Berlin, Heidelberg, 2010. p. 3-54, p. 40.

[14] WELLENS, Karel. Revisiting Solidarity as a (Re-)Emerging Constitutional Principle: some further reflections. In: WOLFRUM, Rüdiger; KOJIMA, Chie (eds.) **Solidarity**: A Structural Principle of International Law. Beiträge zum ausländischen öffentlichen Recht und Völkerrecht, v. 213. Springer, Berlin, Heidelberg, 2010. p. 3-54, p. 40.

[15] INTERNATIONAL LAW COMMISSION. United Nations. **First report on general principles of law**. New York, 2019. By Marcelo Vázquez-Bermúdez, Special Rapporteur. A/CN.4/732. p. 7-8.

[16] GOROBETS, Kostiantyn. Solidarity as a Practical Reason: Grounding the Authority of International Law. **Netherlands International Law Review**, [S.L.], v. 69, n. 1, p. 3-27, 28 fev. 2022, p. 4.

[17] WOLFRUM, Rüdiger. International Law of Cooperation . In: BERNHARDT, Rudolf (ed.). **Encyclopedia of Public International Law**. Amsterdam: Elsevier Science Publishers B.V., 1986, v. 9. p. 193-198, p.193.

[18] DANN, Philipp. Solidarity and the Law of Development Cooperation. In: WOLFRUM, Rüdiger; KOJIMA, Chie (eds.) Solidarity: A Structural Principle of International Law. Beiträge zum ausländischen öffentlichen Recht und Völkerrecht, v. 213. Springer, Berlin, Heidelberg, 2010. p. 55-91, p. 57.

[19] KOTZUR, Markus Tobias; SCHMALENBACH, Kirsten. **Solidarity Among Nations**. Archiv des Völkerrechts, [S.L.], v. 52, n. 1, p. 68-91, mar. 2014. Mohr Siebeck, p. 74.

[20] STJERNØ, Steinar. **Solidarity in Europe**: The History of an Idea. New York: Cambridge University Press, 2005, p. 25.

[21] STJERNØ, Steinar. **Solidarity in Europe**: The History of an Idea. New York: Cambridge University Press, 2005, p. 27.

without a minimum degree of solidarity would theoretically be inconceivable and practically be impossible"[22].

In this scenario, given the imprecision regarding the legal content of solidarity, this article aims to analyze to what extent the theory of the French sociologist Émile Durkheim (1858-1917) contributes to the delimitation of the concept of solidarity in international law. More particularly, this analysis will be built on his work "The division of labor in society" (1893), in which the author explained how social order is upheld through two distinct forms of solidarity—mechanical and organic—and examined the shift from early, "primitive" societies to modern industrial ones. Although many other scholars have analyzed the subject later, Émile Durkheim is considered the one who set the basis for the understanding of solidarity in classical social theory[23]. Therefore, his work deserves to be analyzed separately.

Émile Durkheim develops his theory based on the distinction between primitive (pre-modern) and modern societies, considering the former an ideal social substratum for mechanical solidarity and the latter an ideal social substratum for organic solidarity[24]. Nevertheless, the concepts of solidarity developed in his theory have been based on interactions among a society of individuals and not sovereign states. Although there may exist parallels between people and states with regard to solidarity, significant differences remain. Thereby, they must be considered when transposing Durkheim's theory to interstate relations regulated by international law.

The very conceptualization of the association of states in an international "society" or "community" is a divergent issue for international law doctrine[25]. With the end of the Cold War, the idea of an "international community of states", composed of states that respect the liberal values of democracy, human rights and the rule of law, emerged[26]. This surprisingly vague concept—horizon "always on the run"[27]—presents a consensus of nations that share the same values and express themselves with a single voice. However, centered on Western states, this concept does not incorporate in a broader way the heterogeneity of states, from the political, economic, cultural point of view, as well as does not take into account the diversification of international actors,

[22] KOTZUR, Markus Tobias; SCHMALENBACH, Kirsten. **Solidarity Among Nations**. Archiv des Völkerrechts, [S.L.], v. 52, n. 1, p. 68-91, mar. 2014. Mohr Siebeck, p. 74.

[23] Concerning this matter, Steinar Stjernø highlights that: "Durkheim's pioneering contributions reflecting upon the concept of solidarity brought to light a range of themes and issues that continue to be discussed in social theory: the relationship between similarity and difference, and the relationship between solidarity, justice and equality, the law as an integrating force, the phenomenon of increasing individualism, and the loosening ties within the family, in other groups, and in the traditions of the local community. All of these issues have been made subjects of discussion for social theorists including Habermas, Luhmann, Giddens and others. Some elements of his theories are close to the social democratic concept of solidarity that Bernstein formulated and that came to be reflected in social democratic party programmes in the twentieth century". STJERNØ, Steinar. **Solidarity in Europe**: The History of an Idea. New York: Cambridge University Press, 2005, p. 35.

[24] DURKHEIM, Émile. **Da Divisão do Trabalho Social**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999. Tradução de Eduardo Brandão, p. 106-109.

[25] See, on this matter,WELLENS, Karel. Revisiting Solidarity as a (Re-)Emerging Constitutional Principle: some further reflections. In: WOLFRUM, Rüdiger; KOJIMA, Chie (eds.) **Solidarity**: A Structural Principle of International Law. Beiträge zum ausländischen öffentlichen Recht und Völkerrecht, v. 213. Springer, Berlin, Heidelberg, 2010. p. 7-9 e 53.

[26] BUCHAN, Russell. A Clash of Normativities: international society and international community. **International Community Law Review**, Leiden, v. 10, n. 1, p. 3-27, 2008, p. 3.

[27] MOREAU DEFARGES, Philippe. **La communauté internationale**. Paris: Presses Universitaires de France - PUF, « Que sais-je ? », n° 3 549, 2000, 124 p.

who were excluded from the "Community" such as multinational companies, international organizations and NGOs of international influence.

Taking into account the difficulties linked to the use of the terms "international society"[28] and "international community"[29], these terms will be used in the present paper as synonyms to indicate the interacting set formed by different sovereign states. The other actors of international relations are thus excluded from this study.

Therefore, starting from the premise that interactions between states with such diverse characteristics occur differently from those that take place in a society of human individuals, this article delves into the examination of whether the parameters of solidarity developed from Émile Durkheim's perspective could be extended to the group formed by states.

In order to better develop the arguments to this query, this paper is divided into two parts. The first part examines solidarity as an element of social cohesion in the light of Émile Durkheim's theory. Subsequently, in the second part, we analyze the (in)compatibility of Durkheim's theory regarding solidarity within interstate relations regulated by international law.

1. SOLIDARITY AS AN ELEMENT OF SOCIAL COHESION IN THE LIGHT OF ÉMILE DURKHEIM'S THEORY

Solidarity is a key concept in social theory. It was developed from the nineteenth century, at a time when liberalism flourished and slid its effects on the dynamics that governed social relations. In view of this, Durkheim and his contemporaries, *inter alia* Georg Simmel and Max Weber, sought "mechanisms that would constitute the social order and an integrated society"[30]. Solidarity was interpreted as a "means of cohesion and social integration", and, in this perspective, they concluded that "social order, social cohesion and solidarity are strongly related phenomena"[31].

The modern conception of solidarity is relatively recent though[32]. It is estimated that it is derived from the motto enshrined in the French Revolution—Freedom, Equality and Fraternity—particularly from the concept of fraternity[33]. The Christian idea of "fraternity" or "brotherhood" gained greater political dimension during the

[28] In this regard, it should be clarified that: "the objective of international society is to maintain international peace and security, to eliminate interstate conflict by locking all states into a regulatory framework that is premised upon reciprocated respect and mutual noninterference". BUCHAN, Russell. A Clash of Normativities: international society and international community. **International Community Law Review**, Leiden, v. 10, n. 1, p. 3-27, 2008, p. 4

[29] Moreover, one must consider that "with the end of the Cold War, then, an international community of liberal states has emerged which posits the protection of human dignity by state governments as its defining feature. It is only where states demonstrate respect for the liberal values of democracy, the rule of law and human rights that they are considered legitimate and permitted access to this international community; non-liberal states are denied entry to international community, remaining members of international society only". BUCHAN, Russell. A Clash of Normativities: international society and international community. **International Community Law Review**, Leiden, v. 10, n. 1, p. 3-27, 2008, p. 15.

[30] STJERNØ, Steinar. **Solidarity in Europe**: The History of an Idea. New York: Cambridge University Press, 2005, p. 33.

[31] STJERNØ, Steinar. **Solidarity in Europe**: The History of an Idea. New York: Cambridge University Press, 2005, p. 19.

[32] VON BOGDANDY, Armin. Opening Address. In: WOLFRUM, Rüdiger; KOJIMA, Chie (eds.) **Solidarity**: A Structural Principle of International Law. Beiträge zum ausländischen öffentlichen Recht und Völkerrecht, v. 213. Springer, Berlin, Heidelberg, 2010. p. 1-2, p. 1.

[33] KOTZUR, Markus Tobias; SCHMALENBACH, Kirsten. Solidarity Among Nations. **Archiv des Völkerrechts**, [S.L.], v. 52, n. 1, p. 68-91, mar. 2014.

Jacobin Revolution of 1789, given its ability to "denote a feeling of political community and the wish to emphasize what was held in common"[34].

The concept of fraternity was replaced decades later by that of solidarity[35]. Unlike the concept of fraternity, which originally had a Christian connotation, the concept of solidarity is etymologically originating from the Roman legal context and, because of this, has republican connotations, surpassing the mere conjunction of a notion of common bond[36]. Thus, the private-Romanist conception of solidarity was widespread and combined with the emerging republican context of public life during the French Revolution[37].

In this scenario, recognizing the principle of solidarity—called "fraternity" in that context—as the socio-juridical framework of affiliation to the nation-state, the newly created national communities of the eighteenth and nineteenth centuries transformed the solidarity of a "philosophical concept" in a "binding legal norm"[38]. Nonetheless, despite the concept of solidarity having acquired legal status after its development in the eighteenth and nineteenth centuries, evolving from a simple notion to a political concept and then becoming a legal principle, the main studies on solidarity do not begin directly in the legal field[39].

Indeed, the idea of solidarity was initially explored in the sociological field, considering that it is a social fact that can only be well known through its social effects[40]. Fourier and Leroux first introduced the concept of solidarity in the early decades of the nineteenth century[41]. However, it was Auguste Comte who formally integrated the

[34] STJERNØ, Steinar. **Solidarity in Europe**: The History of an Idea. New York: Cambridge University Press, 2005, p. 27.

[35] BRUNKHORST, Hauke. **Solidarity**: from civic friendship to a global legal community. Cambridge: The MIT Press, 2005. Tradução de Jeffrey Flynn.

[36] BRUNKHORST, Hauke. **Solidarity**: from civic friendship to a global legal community. Cambridge: The MIT Press, 2005. Tradução de Jeffrey Flynn.

[37] It is important to note that, although authors like Veronica Federico consider that "[i]t was the Napoleonic code in 1804 that forbade the presumption of solidarity based [...] of memberships in specific groups", contemporary solidarity cannot be assumed to have developed from the outset in its current programmatic conception. Leonardo Pasquali clarifies that the Napoleonic Code still maintains a negative dimension - in which obligations are imposed instead of rights - of solidarity, similarly to the Roman origins of the concept. On this occasion, observe article 1200 of the aforementioned Code of 1804 which states that: "[i]l y de la solidarité de la part des débiteurs, lorsqu'ils sont obligés à une même chose, de manière que chacun puisse être contraint pour la totalité, et que le paiement fait par un seul libère les autres envers le créancier". FEDERICO, Veronica. Conclusion: Solidarity as a Public Virtue?. In: FEDERICO, Veronica; LAHUSEN, Christian (eds.). **Solidarity as a Public Virtue?**: Law and Public Policies in the European Union. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft mbH, 2018. p. 495-542, p. 496; PASQUALI, Leonardo. Introduction. Solidarity: traditional international law vs. modern international law and universal international law vs. law of regional organizations. In: PASQUALI, Leonardo (ed.). **Solidarity in International Law**: challenges, opportunities and the role of regional organizations. Turin: G. Giappichelli Editore, 2022. Cap. 1. p. 1-23. FRANCE. **Code civil des Français**. Paris: Imprimerie de la République, 1804, p. 289.

[38] FEDERICO, Veronica. Conclusion: Solidarity as a Public Virtue?. In: FEDERICO, Veronica; LAHUSEN, Christian (eds.). **Solidarity as a Public Virtue?**: Law and Public Policies in the European Union. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft mbH, 2018. p. 495-542, p. 497.

[39] VIRALLY, Michel. Le rôle des "principes" dans le développement du droit international. In: BATELLI, M.; GUGGENHEIM, P. (eds.). Recueil d'études de droit international en hommage à Paul Guggenheim. Genève: Institut Universitaire de Hautes Études Internationales, 1968. p. 531-554 apud WELLENS, Karel. Revisiting Solidarity as a (Re-)Emerging Constitutional Principle: some further reflections. In: WOLFRUM, Rüdiger; KOJIMA, Chie (eds.) **Solidarity**: A Structural Principle of International Law. Beiträge zum ausländischen öffentlichen Recht und Völkerrecht, v. 213. Springer, Berlin, Heidelberg, 2010. p. 3-54, p. 4.

[40] DURKHEIM, Émile. **Da Divisão do Trabalho Social**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999. Tradução de Eduardo Brandão, p. 34.

[41] See comparative table on Fourier's and Leroux's conceptions of solidarity in STJERNØ, Steinar. **Solidarity in Europe**: The History of an Idea. New York: Cambridge University Press, 2005, p. 30.

idea into the emerging discipline of sociology[42]. Around fifty years later, Émile Durkheim, one of the founding figures of sociology, published his landmark doctoral dissertation "The Division of Labour in Society" (1893). Widely regarded as "the most famous and probably the most cited work in classic sociology on solidarity,"[43] this work outlines Durkheim's distinction between two forms of social cohesion: "mechanical solidarity", characteristic of traditional (pre-modern) societies, and "organic solidarity", which emerges in complex, modern societies[44].

Mechanical solidarity[45] arises in simple, homogeneous societies where there is minimal differentiation among individuals. In such contexts, social cohesion is rooted in shared living conditions, similar lifestyles, a common culture and belief system, and collective participation in religion and rituals[46]. People are bound together by what they have in common, fostering a strong sense of unity and collective consciousness. This kind of solidarity is stronger insofar as the ideas and tendencies common to all members of society outweigh in number and intensity those that personally belong to each of them[47]. Hence, there exist a predominance of the sense of collective consciousness among the members of these communities[48].

On the other hand, organic solidarity[49] arises in modern societies, where strong division and specialization of labor exists. Complexity and heterogeneity in living conditions, culture and ideologies create a factual interdependence, in which occupational differences create a complex interdependence between the activities of different producers[50]. According to Émile Durkheim, the more individuals depend on society, the more pronounced the division of labor becomes. At the same time, as work becomes increasingly specialized, individual activity takes on a more personal and distinct character[51]. In modern societies, therefore, social cohesion no longer rests

[42] STJERNØ, Steinar. **Solidarity in Europe**: The History of an Idea. New York: Cambridge University Press, 2005, p. 30-31.
[43] STJERNØ, Steinar. **Solidarity in Europe**: The History of an Idea. New York: Cambridge University Press, 2005, p. 33.
[44] DURKHEIM, Émile. **Da Divisão do Trabalho Social**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999. Tradução de Eduardo Brandão.
[45] Émile Durkheim affirms that the term "mechanical" is due to the analogy with the cohesion that unites the elements of the raw bodies, as opposed to that which makes the unity of the living bodies. Thus, the bond that binds the individual to society is analogous to that which binds a thing to a person. DURKHEIM, Émile. **Da Divisão do Trabalho Social**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999. Tradução de Eduardo Brandão, p. 106-107.
[46] STJERNØ, Steinar. **Solidarity in Europe**: The History of an Idea. New York: Cambridge University Press, 2005, p. 33.
[47] DURKHEIM, Émile. **Da Divisão do Trabalho Social**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999. Tradução de Eduardo Brandão, p. 106.
[48] Émile Durkheim points out that the solidarity that derives from the similarities lies in its apogee when the collective consciousness exactly recovers our total consciousness and coincides at all points with it. However, at this time, our individuality is null. DURKHEIM, Émile. **Da Divisão do Trabalho Social**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999. Tradução de Eduardo Brandão, p. 106-107.
[49] Émile Durkheim clarifies that the terminology "organic" is due to the analogy with the organs of higher animals, considering, in this perspective, that each organ has its own special physiognomy, its autonomy, and yet the unity of the organism is greater the more accentuated is this individualization of the parts. DURKHEIM, Émile. **Da Divisão do Trabalho Social**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999. Tradução de Eduardo Brandão, p. 108-109.
[50] STJERNØ, Steinar. **Solidarity in Europe**: The History of an Idea. New York: Cambridge University Press, 2005, p. 34.
[51] DURKHEIM, Émile. **Da Divisão do Trabalho Social**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999. Tradução de Eduardo Brandão, p. 108.

primarily on shared traditions or norms, but rather on the interdependence that emerges from the complex division and specialization of labor[52].

One of the main challenges posed to Durkheimian theory is the potential moral void created by the decline of mechanical solidarity during the First Industrial Revolution[53]. As the division of labor intensifies, individuals become more interdependent, increasing the need for interaction and cooperation. While this shift fosters social progress by promoting greater societal cohesion, it also calls for a new basis of solidarity[54]. Durkheim identified this emerging form as "organic solidarity", which, he argued, arises naturally from the growing complexity and specialization brought about by the division of labor[55].

The relation between mechanical solidarity in traditional society and organic solidarity in modern society is relatively obscure in the Durkheimian approach. In this perspective, Steinar Stjernø remarks that

> In some of his writings, he [Émile Durkheim] argues that the first [mechanical solidarity] simply disappears as a consequence of the increasing division of labour. At other times, when he argues in more detail, he maintains that the two forms of solidarity are, in fact, facets of the same social reality. Our common consciousness continues to exist in modern society, but it is a reduced entity. The advance of our individual consciousness has had this effect.

Therefore, as the aforementioned author points out, it can be argued that "social interaction, in a broad sense, is a necessary precondition for both of Durkheim's concepts of solidarity"[56]. This argument leads to the conclusion that "the intensity of solidarity is proportional to the intensity of social interaction"[57], which justifies why solidarity flourishes better in (more) integrated groups, which are united by stronger ties[58].

After the analysis of Émile Durkheim's theory of solidarity, it could be assumed that traditional international society is a conducive environment for the implementation of mechanical solidarity. However, the community composed of states

[52] DURKHEIM, Émile. **Da Divisão do Trabalho Social**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999. Tradução de Eduardo Brandão, p. 108.
[53] STJERNØ, Steinar. **Solidarity in Europe**: The History of an Idea. New York: Cambridge University Press, 2005, p. 34.
[54] STJERNØ, Steinar. **Solidarity in Europe**: The History of an Idea. New York: Cambridge University Press, 2005, p. 34.
[55] STJERNØ, Steinar. **Solidarity in Europe**: The History of an Idea. New York: Cambridge University Press, 2005, p. 34.
[56] STJERNØ, Steinar. **Solidarity in Europe**: The History of an Idea. New York: Cambridge University Press, 2005, p. 35.
[57] PASQUALI, Leonardo. Introduction. Solidarity: traditional international law vs. modern international law and universal international law vs. law of regional organizations. In: PASQUALI, Leonardo (ed.). **Solidarity in International Law**: challenges, opportunities and the role of regional organizations. Turin: G. Giappichelli Editore, 2022. Cap. 1. p. 1-23, p. 6.
[58] KOTZUR, Markus Tobias; SCHMALENBACH, Kirsten. Solidarity Among Nations. **Archiv des Völkerrechts**, [S.L.], v. 52, n. 1, p. 68-91, mar. 2014, p. 90.

is, to some extent, less integrated than primitive societies composed of individuals, given their main characteristic: a non-hierarchical community formed by states equally sovereign, which is based primarily on contradictory immediate relationships[59].

Taking this into account, the next section investigates whether the concepts of solidarity developed by Émile Durkheim to understand interactions between human individuals encounter difficulties when applied to international interstate relations ruled by international law.

2. SOLIDARITY THROUGH ÉMILE DURKHEIM'S EYES: (IN)COMPATIBILITY WITH INTERNATIONAL LAW?

In order to elaborate a response to this query, three points must be further developed: i. Is the "international society", ruled by international law, compatible with the terminology "social group" ?; ii. Is the "international society" an environment conducive to Durkheim's perspective of solidarity?; iii. To what extent are Émile Durkheim's conceptions of solidarity compatible with the relations regulated by international law?

First and foremost, one must discuss if the "society" constituted by sovereign states and ruled by international law is compatible with the terminology "society", considered as a "social group", which is the substratum for the development of Durkheim's theory on solidarity.

Delimiting the conception of "social group" is a complex task, since the specialized doctrine differs as to the elements that constitute its concept. In this analysis, four main elements are considered for the constitution of a social group: (i) plurality, (ii) interaction, (iii) purpose and (iv) solidarity[60]. The condition of "human individual" is not a prerequisite for the constitution of a social group[61]. However, one can assume this was a premise of the authors who developed studies on the subject.

Concerning international relations, states are still today the main actors. Classic international law considers them as the main, or even the unique, subjects of rights and obligations. In this perspective, it should be pointed out that

> According to the traditional understanding of *international law* only some of the various actors on the international scene are subjects of international law and thus possess international legal personality [...] Although states are the traditional subjects of international law, already in the 18th and 19th centuries a number of atypical subjects of international law were accepted [...] The international legal personality of states has never been put into question. They have been and continue to be the traditional and most important subjects of international law. In addition, development during the

[59] CHAUMONT, Charles. **Cours général de droit international**, [S.L.], Académie de droit international, Recueil de cours, v. 1, 1970, p. 346.
[60] PINTO, Agerson Tabosa. **Sociologia Geral e Jurídica**. Fortaleza: Qualigraf Editora e Gráfica, 2005, p. 166.
[61] In this perspective, Eugen Ehrlich considers the "supranational community governed by international law" as a kind of human organization or association that interchanges with other types of human organizations, constituting society. EHRLICH, Eugen. **Fundamentos da Sociologia do Direito**. Brasília: Cadernos da UnB, 1986, p. 27.

> 20th century has led to the recognition of international governmental organizations as subjects of international law[62].

Therefore, when analyzing the formation of a "society" or "social group" at the international level, it can be argued that abstracting from the condition of the individual human being and focusing instead on the fundamental characteristics identified above. These characteristics—considered essential to the constitution of a social group—can be applied to the analysis of the aggregate formed by sovereign states.

From this perspective, it is questioned whether the international society—from the perspective of the necessary characteristics for the constitution (and perpetuation) of a social group—would be a favorable environment for the development of solidarity[63].

Secondly, considering the analysis of the "international society" as an environment conducive to the development of Émile Durkheim's perspective of solidarity. It can be argued that the concepts of solidarity developed by Émile Durkheim can be challenging when directly transposed to the international law framework. Although there exist some parallels, humans behave differently from states. Individuals who interact within a local or national community reason diversely from the political entities who make up the international society. Indeed, the international society is "exceptional" for it consists only of sovereign actors[64].

As a matter of fact, the notion of "international society" wasn't exactly part of Durkheim's conceptual lexicon[65]. However, if one considers the modern take on solidarity, it is widely recognized the existence of solidarity in the society constituted of states[66]. In this regard, solidarity among states means that:

---

[62] WALTER, Christian. Subjects of International Law. In: MAX PLANCK INSTITUTE FOR COMPARATIVE PUBLIC LAW AND INTERNATIONAL LAW. **Max Planck Encyclopedia of Public International Law**: [S.L.]: Heidelberg and Oxford University Press, 2013. Disponível em: https://hoclv.com/wp-content/uploads/2017/11/2.-subjects-of-international-law.pdf. Acesso em: 05 jul. 2023.

[63] Similarly, Michel Foucher ponders that: "[l]a solidarité a-t-elle une place dans les relations internationales? L'interrogation est largement justifiée par l'observation d'un état du monde et de ses tensions qui connotent plus des jeux de force dans une arène que des compromis dans un concert des nations". FOUCHER, Michel. La solidarité a-t-elle une place dans les relations internationales?. In: WIEVIORKA, Michel (ed.) **Les Solidarités**. [S.L.]: Éditions Sciences Humaines, 2017, p. 195-210, p. 197.

[64] BADIE, Bertrand. Durkheim et l'avènement d'une sociologie des relations internationales. **Le Lien Social**, [S.L.], p. 259-275, 3 out. 2018. Presses Universitaires de France, p. 264.

[65] LEBOW, Richard Ned. Durkheim et les Relations internationales. **Études Internationales**, [S.L.], v. 50, n. 2, p. 221-247, 25 ago. 2020, p. 243; BADIE, Bertrand. Chapitre 4. Durkheim et l'avènement d'une sociologie des relations internationales. **Le Lien Social**, [S.L.], p. 259-275, 3 out. 2018. Presses Universitaires de France, p. 272.

[66] See, on this matter, WOLFRUM, Rüdiger. Solidarity amongst States: an Emerging Structural Principle of International Law. In: DUPUY, Pierre-Marie (ed.). **Völkerrecht als Wertordnung**: Festschrift für Christian Tomuschat. Kehl A. Rhein: Engel, 2006. p. 1087-1101; WOLFRUM, Rüdiger; KOJIMA, Chie (eds.) **Solidarity**: A Structural Principle of International Law. Beiträge zum ausländischen öffentlichen Recht und Völkerrecht, v. 213. Springer, Berlin, Heidelberg, 2010; KOTZUR, Markus Tobias; SCHMALENBACH, Kirsten. Solidarity Among Nations. **Archiv des Völkerrechts**, [S.L.], v. 52, n. 1, p. 68-91, mar. 2014; GOROBETS, Kostiantyn. Solidarity as a Practical Reason: Grounding the Authority of International Law. **Netherlands International Law Review**, [S.L.], v. 69, n. 1, p. 3-27, 28 fev. 2022

> States, when considering their activities, should not be guided only by a nationally oriented self-interest as it is perceived by the State in question, but should also take into account the interests of other states (inter-State solidarity), of the international community (community-oriented solidarity) or of future generations (intergenerational solidarity)[67].

Émile Durkheim asserts that social solidarity develops from the fact that a number of states of consciousness are common to all members of the same society. Indeed, the role social solidarity plays in the overall integration of society depends on the greater or lesser extent of social life that common consciousness embraces and regulates[68].

In this perspective, it can be argued that states differ severely from (human) individuals when it comes to sharing resources to act jointly "in a spirit of solidarity". Indeed, at least from a theoretical point of view, "the traditional international community seems to be far from being an ideal place for the development of solidarity"[69], considering that "individual personality cannot be absorbed into collective personality because subjects are not sufficiently integrated"[70].

Nevertheless, with the emergence of international organizations in the twentieth century, states began to establish relations of institutionalized cooperation—albeit initially in a conventional and limited form. These early efforts focused primarily on technical matters and the pursuit of shared interests. Over time, however, they evolved in some cases into genuine political cooperation[71]. This development contributed to the emergence of a form of "common consciousness" among states, fostering bonds of social solidarity and reviving certain foundational forms of social cohesion on the international stage.

In this context, considering the two Durkheimian premises— (i) solidarity only exists if a shared perspective among the individuals is present and (ii) the more supportive the members of a society are, the more they maintain relationships with each other and with the group as a collective—one can argue that international organizations, particularly the regional ones, seem to offer the most favorable legal environment within international law for the development of solidarity. Indeed, regional organizations "tend to manifest a form of cooperation which, in general, is

[67] WOLFRUM, Rüdiger. **Solidarity and Community Interests**: driving forces for the interpretation and development of international law. Leiden, The Netherlands: Brill | Nijhoff, 2021, p. 300.
[68] DURKHEIM, Émile. **Da Divisão do Trabalho Social**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999. Tradução de Eduardo Brandão, p. 83.
[69] PASQUALI, Leonardo. Introduction. Solidarity: traditional international law vs. modern international law and universal international law vs. law of regional organizations. In: PASQUALI, Leonardo (ed.). **Solidarity in International Law**: challenges, opportunities and the role of regional organizations. Turin: G. Giappichelli Editore, 2022. Cap. 1. p. 1-23, p. 9.
[70] PASQUALI, Leonardo. Introduction. Solidarity: traditional international law vs. modern international law and universal international law vs. law of regional organizations. In: PASQUALI, Leonardo (ed.). **Solidarity in International Law**: challenges, opportunities and the role of regional organizations. Turin: G. Giappichelli Editore, 2022. Cap. 1. p. 1-23, p. 9.
[71] PASQUALI, Leonardo. Introduction. Solidarity: traditional international law vs. modern international law and universal international law vs. law of regional organizations. In: PASQUALI, Leonardo (ed.). **Solidarity in International Law**: challenges, opportunities and the role of regional organizations. Turin: G. Giappichelli Editore, 2022. Cap. 1. p. 1-23, p. 11.

more intense than at an universal level, because of the generally deeper integration among states"[72].

Thirdly, in light of the analysis of to what extent Émile Durkheim's conceptions of solidarity are compatible with the relations regulated by international law, one must point out that the conceptions of mechanical and organic solidarity should be taken separately.

Regarding the concept of mechanical solidarity under Durkheim's theory, it can be argued that the conditions for the development of such form of solidarity—namely, a "totality of beliefs and sentiments common to all members of the group"[73]—are *a priori* absent in the international society ruled by the international law. It can be considered for that matter that "in contrast to modern national societies, where the balance of power shifted strongly towards society, individual political units were largely not socialized and not constrained by social norms"[74].

Indeed, the international legal framework was initially intended to merely coordinate states activities[75]. The conception of the development of solidarity in such an environment is a recent phenomenon, dating to the latest stages of international law, which has "moved away from a legal regime dedicated to merely coordinating activities of states"[76] and has become a "legal system based upon common values"[77].

The concept of organic solidarity is equally challenging to directly transpose, notably regarding the aspect of the division of labor and its consequences in the constitution of the social bond of solidarity. States differ in their production of goods and services and it influences the dynamics between them. In fact, one can highlight that

> The transition from the Westphalian sovereignist juxtaposition to the interdependence proper to a globalized system clearly evokes the shift from mechanical solidarity to organic solidarity, deeply marked by a formidable state resistance, even nationalist[78].

[72] PASQUALI, Leonardo. Introduction. Solidarity: traditional international law vs. modern international law and universal international law vs. law of regional organizations. In: PASQUALI, Leonardo (ed.). **Solidarity in International Law**: challenges, opportunities and the role of regional organizations. Turin: G. Giappichelli Editore, 2022. Çap. 1. p. 1-23, p. 12.
[73] DURKHEIM, Émile. **The Division of Labour in Society**. Illinois: the Free Press of Glencoe, 1960. Tradução de George Simpson, p.129.
[74] LEBOW, Richard Ned. Durkheim et les Relations internationales. **Études Internationales**, [S.L.], v. 50, n. 2, p. 221-247, 25 ago. 2020, p. 222.
[75] WOLFRUM, Rüdiger. Solidarity amongst States: an Emerging Structural Principle of International Law. In: DUPUY, Pierre-Marie (ed.). **Völkerrecht als Wertordnung**: Festschrift für Christian Tomuschat. Kehl A. Rhein: Engel, 2006. p. 1087-1101, p. 1088.
[76] WOLFRUM, Rüdiger. Solidarity amongst States: an Emerging Structural Principle of International Law. In: DUPUY, Pierre-Marie (ed.). **Völkerrecht als Wertordnung**: Festschrift für Christian Tomuschat. Kehl A. Rhein: Engel, 2006. p. 1087-1101, p. 1100.
[77] WOLFRUM, Rüdiger. Solidarity amongst States: an Emerging Structural Principle of International Law. In: DUPUY, Pierre-Marie (ed.). **Völkerrecht als Wertordnung**: Festschrift für Christian Tomuschat. Kehl A. Rhein: Engel, 2006. p. 1087-1101, p. 1088.
[78] BADIE, Bertrand. Chapitre 4. Durkheim et l'avènement d'une sociologie des relations internationales. **Le Lien Social**, [S.L.], p. 259-275, 3 out. 2018. Presses Universitaires de France, p. 270.

In this regard, it is possible to establish a parallel between the interdependence among human individuals in a modern society, as described by Durkheim, and the interdependence among sovereign states in the international society. Nevertheless, this parallel is hardly compatible with the development of the notion of "solidarity" among the members of both groups. The relations established among states are usually based on "cooperation", not necessarily "solidarity".

"Cooperation" and "solidarity" are different concepts[79]. The difference between these two concepts is essential to the comprehension of the challenge concerning the use of Durkheim's theory in international law and international relations. To this effect, a legal framework based on solidarity goes beyond mere established mechanisms of cooperation. At the international level, cooperation implies a coordinated voluntary action of two or more states taking place under a legal regime and serving a specific objective[80]. Nonetheless, no pre-established inherent value exists. The meaning and value of cooperation depend on its objective[81]. Concerning solidarity, although part of doctrine supports its existence in the international legal framework, the implementation of such principle is still fragmented[82]. On the other hand, cooperation seems a principle with a significant legal base and that has received a more concrete approach by international legal instruments.

However, if one considers the context of regional organizations, solidarity can perform a significant legal role. For example, in the European Union solidarity became a "crucial value" to be supported and nurtured for its capacity of "mitigating the potentially divisive effects of the common market, and its associated freedom of movement of persons, goods, services and capital"[83]. Albeit not deepend as in the EU legal framework, solidarity has similarly played a more prominent legal role in other regional organizations, i.e. the African Union and the Organization of American States[84].

In this regard, one can draw two main conclusions. First, solidarity is proportionally linked with how deep the integration bond is[85]. Hence, regional organizations are the more propitious environments for the legal development of the concept of solidarity in the international law framework. Second, solidarity is suited "like no other concept to provide the bridge between the different modes of social and

[79] MOTTE-BAUMVOL, Julia. La Solidarité à l'aune du Droit International du Développement. In: RAMBAUD, Thierry; GRUBER, Annie (eds.). **Mélanges en l'honneur de Guy Feuer**. Paris: Dalloz, 2022.
[80] WOLFRUM, Rüdiger. International Law of Cooperation . In: BERNHARDT, Rudolf (ed.). **Encyclopedia of Public International Law**. Amsterdam: Elsevier Science Publishers B.V., 1986, v. 9. p. 193-198, p.193.
[81] WOLFRUM, Rüdiger. International Law of Cooperation . In: BERNHARDT, Rudolf (ed.). **Encyclopedia of Public International Law**. Amsterdam: Elsevier Science Publishers B.V., 1986, v. 9. p. 193-198, p.193.
[82] WELLENS, Karel. Revisiting Solidarity as a (Re-)Emerging Constitutional Principle: some further reflections. In: WOLFRUM, Rüdiger; KOJIMA, Chie (eds.) **Solidarity**: A Structural Principle of International Law. Beiträge zum ausländischen öffentlichen Recht und Völkerrecht, v. 213. Springer, Berlin, Heidelberg, 2010. p. 3-54, p. 35.
[83] NAPOLI, Ester di; RUSSO, Deborah. Solidarity in the European Union in Times of Crisis: towards "European solidarity"?. In: FEDERICO, Veronica; LAHUSEN, Christian (eds.). **Solidarity as a Public Virtue?**: Law and Public Policies in the European Union. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft mbH, 2018. p. 195-248, p. 202.
[84] See recital 4 of the preamble, and articles 1, 3(d), 29 and 30 of the Charter of the Organization of the American States and recital 5 and article 2 (1) of the Charter of the Organization of African Unity.
[85] BARNARD, Catherine. Solidarity and the Commission's 'Renewed Social Agenda'. In: ROSS, Malcolm; BORGMANN-PREBIL, Yuri (eds.) **Promoting Solidarity in the European Union**. Oxford: Oxford University Press, 2010. Cap. 4. p. 73-105, p. 96.

systemic integration of society"[86]. Therefore, legal instruments based on solidarity can provide the necessary tools to face the complex challenges concerning abstract processes of global systemic integration.

CONCLUSION

In the context of increasingly advanced globalization, the deepening of ties between states reinforces a scenario of growing interdependence and highlights the need for collaboration in addressing shared challenges. The regulation of complex issues with transnational origins and impacts requires a high degree of coordination among states. In this regard, the concept of solidarity stands out as a crucial element, offering the tools needed to respond effectively to emerging global challenges.

Much of the contemporary theoretical foundation for understanding the phenomenon of solidarity stems from the work of French sociologist Émile Durkheim, who developed a rigorous scientific framework grounded in sociological facts. While Durkheim's concepts of mechanical and organic solidarity remain highly relevant, it is important to note that they were originally formulated to describe relationships between individuals within a society, not between sovereign states. A society of states differs significantly from one composed of individuals, particularly in terms of resource-sharing and the formation of a collective consciousness.

Despite the challenges of directly applying his theory to the international sphere, Durkheim's insights offer valuable contributions to the field of international law. As states become increasingly interdependent—especially within regional organizations—the concept of organic solidarity provides a meaningful lens through which to understand and promote cohesion among member states. It also helps frame the legal and institutional mechanisms needed to address complex, transnational challenges.

REFERÊNCIAS

BADIE, Bertrand. Durkheim et l'avènement d'une sociologie des relations internationales. **Le Lien Social**, [S.L.], p. 259-275, 3 out. 2018. Presses Universitaires de France.

BRUNKHORST, Hauke. **Solidarity**: from civic friendship to a global legal community. Cambridge: The MIT Press, 2005. Tradução de Jeffrey Flynn.

BUCHAN, Russell. A Clash of Normativities: international society and international community. **International Community Law Review**, Leiden, v. 10, n. 1, p. 3-27, 2008.

[86] BRUNKHORST, Hauke. **Solidarity**: from civic friendship to a global legal community. Cambridge: The MIT Press, 2005. Tradução de Jeffrey Flynn, p. 5.

CHAUMONT, Charles. **Cours général de droit international**, [S.L.], Académie de droit international, Recueil de cours, v. 1, 1970.

DANN, Philipp. Solidarity and the Law of Development Cooperation. In: WOLFRUM, Rüdiger; KOJIMA, Chie (eds.) **Solidarity**: A Structural Principle of International Law. Beiträge zum ausländischen öffentlichen Recht und Völkerrecht, v. 213. Springer, Berlin, Heidelberg, 2010. p. 55-91.

DURKHEIM, Émile. **Da Divisão do Trabalho Social**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999. Tradução de Eduardo Brandão.

DURKHEIM, Émile. **The Division of Labour in Society**. Illinois: The Free Press of Glencoe, 1960. Tradução de George Simpson.

EHRLICH, Eugen. **Fundamentos da Sociologia do Direito**. Brasília: Cadernos da UnB, 1986.

FEDERICO, Veronica. Conclusion: Solidarity as a Public Virtue?. In: FEDERICO, Veronica; LAHUSEN, Christian (eds.). **Solidarity as a Public Virtue?**: Law and Public Policies in the European Union. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft mbH, 2018, p. 495-542.

FOUCHER, Michel. La solidarité a-t-elle une place dans les relations internationales?. In: WIEVIORKA, Michel (ed.) **Les Solidarités**. [S.L.]: Éditions Sciences Humaines, 2017, p. 195-210.

FRANCE. **Code civil des Français**. Paris: Imprimerie de la République, 1804.

GOROBETS, Kostiantyn. Solidarity as a Practical Reason: Grounding the Authority of International Law. **Netherlands International Law Review**, [S.L.], v. 69, n. 1, p. 3-27, 28 fev. 2022.

INTERNATIONAL LAW COMMISSION. United Nations. **First report on general principles of law**. New York, 2019. By Marcelo Vázquez-Bermúdez, Special Rapporteur. A/CN.4/732.

KOTZUR, Markus Tobias; SCHMALENBACH, Kirsten. Solidarity Among Nations. **Archiv des Völkerrechts**, [S.L.], v. 52, n. 1, p. 68-91, mar. 2014.

LEBOW, Richard Ned. Durkheim et les Relations internationales. **Études Internationales**, [S.L.], v. 50, n. 2, p. 221-247, 25 ago. 2020.

MACDONALD, Ronald St. J.. Solidarity in the Practice and Discourse of Public International Law. **Pace International Law Review**, [S.L.], v. 8, n. 2, 1 abr. 1996.

MOREAU DEFARGES, Philippe. **La communauté internationale**. Paris: Presses Universitaires de France - PUF, « Que sais-je ? », n° 3 549, 2000, 124 p.

MOTTE-BAUMVOL, Julia. La Solidarité à l'aune du Droit International du Développement. In: RAMBAUD, Thierry; GRUBER, Annie (eds.). **Mélanges en l'honneur de Guy Feuer**. Paris: Dalloz, 2022.

NAPOLI, Ester di; RUSSO, Deborah. Solidarity in the European Union in Times of Crisis: towards "European solidarity"?. In: FEDERICO, Veronica; LAHUSEN, Christian (eds.). **Solidarity as a Public Virtue?**: Law and Public Policies in the European Union. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft mbH, 2018. p. 195-248.

PASQUALI, Leonardo. Introduction. Solidarity: Traditional International Law vs. Modern International Law and Universal International Law vs. Law of Regional Organizations. In: PASQUALI, Leonardo (ed.). **Solidarity in International Law**: challenges, opportunities and the role of regional organizations. Turin: G. Giappichelli, 2022. p. 1-23.

PINTO, Agerson Tabosa. **Sociologia Geral e Jurídica**. Fortaleza: Qualigraf Editora e Gráfica, 2005.

STJERNØ, Steinar. **Solidarity in Europe**: The History of an Idea. New York: Cambridge University Press, 2005.

VON BOGDANDY, Armin. Opening Address. In: WOLFRUM, Rüdiger; KOJIMA, Chie (eds.) **Solidarity**: A Structural Principle of International Law. Beiträge zum ausländischen öffentlichen Recht und Völkerrecht, v. 213. Springer, Berlin, Heidelberg, 2010. p. 1-2.

WALTER, Christian. Subjects of International Law. In: MAX PLANCK INSTITUTE FOR COMPARATIVE PUBLIC LAW AND INTERNATIONAL LAW. **Max Planck Encyclopedia of Public International Law**: [S.L.]: Heidelberg and Oxford University Press, 2013. Disponível em: https://hoclv.com/wp-content/uploads/2017/11/2.-subjects-of-international-law.pdf. Acesso em: 05 jul. 2023.

WELLENS, Karel. Revisiting Solidarity as a (Re-)Emerging Constitutional Principle: some further reflections. In: WOLFRUM, Rüdiger; KOJIMA, Chie (eds.) **Solidarity**: A Structural Principle of International Law. Beiträge zum ausländischen öffentlichen Recht und Völkerrecht, v. 213. Springer, Berlin, Heidelberg, 2010. p. 3-54.

WOLFRUM, Rüdiger. Solidarity amongst States: an Emerging Structural Principle of International Law. In: DUPUY, Pierre-Marie (ed.). **Völkerrecht als Wertordnung**: Festschrift für Christian Tomuschat. Kehl A. Rhein: Engel, 2006. p. 1087-1101.

WOLFRUM, Rüdiger. **Solidarity and Community Interests**: driving forces for the interpretation and development of international law. Leiden, The Netherlands: Brill | Nijhoff, 2021.

THE NEED FOR DIRECT OBLIGATIONS FOR BUSINESSES ON THE INTERNATIONAL TREATY ON BUSINESS AND HUMAN RIGHTS: AN ANALYSIS OF THE INTER-AMERICAN SYSTEM OF HUMAN RIGHTS CASE LAW

Andressa Oliveira Soares [1],
Manoela Carneiro Roland [2],
Tchenna Fernandes Maso [3]

ABSTRACT

This article is part of the discussion of human rights and business from the perspective of the accountability of companies, especially transnational corporations, within the framework of the debates on binding standards in international law. In the last eight years, the United Nations Human Rights Council (UNHRC) has discussed the construction of a legally binding instrument on transnational corporations and human rights, within the Open-ended Intergovernmental Group for the construction of the instrument created by Resolution 26/9. The negotiations have been marked by an intense dispute over the normative content. One of them is the possibility or not of implementing the direct obligation for companies. Simultaneously, the Inter-American System of Human Rights issued a report on the Inter-American Standards on Business and Human Rights. Seeking to contribute to the discussions taking place at the UNHRC, this paper presents empirical research that aims to answer the following question: are there any standards in international human rights law, especially in the Inter-American System of Human Rights, that provide a substrate for the provision of direct obligations for businesses in the legally binding instrument? The methodology for constructing the article follows the inductive approach, and uses literature review and documentary analysis. The results show that it is not only possible but also extremely necessary for the effectiveness of the international instrument to insert direct obligations for transnational corporations in the document.

[1] Doutoranda em Direito Internacional na Universidade de São Paulo com período sanduíche na Université de Paris-Nanterre. Mestra em Direito e Inovação pela Universidade Federal de Juiz de Fora e graduada em Direito pela mesma instituição, com período sanduíche realizado na Scuola di Giurisprudenza da Università degli Studi di Camerino, Itália.

[2] Mestra em Relações Internacionais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro e Doutorado em Direito Internacional e da Integração Econômica pela Universidade Estadual do Rio de Janeiro (UERJ). Professora na Universidade Federal de Juiz de Fora e Programa de Pós-Graduação em Direitos Humanos da Pontifícia Universidade Católica- RJ.

[3] Doutora em Direito pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). Mestre em Integração Contemporânea da América Latina (ICAL) pela Universidade Federal da Integração Latino-Americana (2016). Especialista em Energia no Capitalismo Contemporâneo pela Universidade Federal do Rio De Janeiro (UFRJ) (2015). Graduada em Direito pela UFPR (2013).

Key-words: Inter-American System of Human Rights. International Treaty on transnational corporations. REDESCA. Advisory opinions.

A NECESSIDADE DE OBRIGAÇÕES DIRETAS PARA AS EMPRESAS SOBRE O TRATADO INTERNACIONAL SOBRE EMPRESAS E DIREITOS HUMANOS: UMA ANÁLISE DA JURISPRUDÊNCIA DO SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS

RESUMO

O presente artigo se insere no campo de discussão dos direitos humanos e empresas, na perspectiva da responsabilização das empresas, especialmente transnacionais, no âmbito dos debates de normas vinculantes no direito internacional. Nos últimos 8 anos, no Conselho de Direitos Humanos das Nações Unidas (UNHRC), tem se discutido sobre a construção de um instrumento juridicamente vinculante sobre empresas transnacionais e direitos humanos, dentro do Grupo Intergovernamental de Composição Aberta para construção do instrumento criado pelo Resolução nº.26/9. As negociações tem sido marcadas por uma intensa disputa sobre o conteúdo normativo. Uma delas é a possibilidade ou não de implementar a obrigação direta para as empresas. Simultaneamente, o Sistema Interamericano de Direitos Humanos emitiu um relatório sobre as Normas Interamericanas sobre negócios e direitos humanos. Procurando contribuir para as discussões que ocorrem no UNHRC, este documento apresenta uma pesquisa empírica que pretende responder à seguinte pergunta: existe alguma norma no Direito Internacional dos Direitos Humanos, especialmente no Sistema Interamericano de Direitos Humanos, que fornece um substrato para a provisão de obrigações diretas para as empresas no instrumento legalmente vinculante? A metodologia para construção do artigo segue a abordagem indutiva, e utiliza revisão bibliográfica e análises documentais. Os resultados mostram que não só é possível como extremamente necessário para a eficácia do instrumento internacional a inserção de obrigações diretas para as empresas transnacionais no documento.

Palavras-chave: *Sistema Interamericano de Direitos Humanos. Trata Internacional sobre empresas transnacionais. REDESCA. Opinião Consultiva.*

INTRODUCTION

The relationship between business and human rights has been one of the contemporary challenges. The political, economic and cultural power that these companies have accumulated, and their organization in global value chains, are obstacles to their accountability that have not yet been overcome by international law. Since the 1970s, in the United Nations Organization (UNO), there have been initiatives that debate the issue. The advance of neoliberal policies and the implementation of a logic of consensus in multilateral organizations have led to the protagonism of a voluntary and self-monitoring paradigm for the private sector.

Thus, voluntary guidelines such as the ILO Declaration, OECD, and the Global Compact have prevailed. Especially the Guiding Principles on Business and Human Rights of 2011, known as the Ruggie Framework. This, although widely endorsed by states and considered a milestone of the agenda, consists of a series of recommendations to states on the agenda, defining duties of respect for human rights. Thus, it did not fill the gaps in corporate accountability. For example, one can mention the lack of extraterritorial mechanisms, the voluntary nature of its provisions, and thus the lack of endorsement and the failure to break with the establishment.

In contrast, from 2012, during the mobilization of the People's Summit, civil society built a political action to demand accountability from companies, especially transnational corporations, denouncing the permanence of a corporate impunity with the validity of voluntary frameworks. The mobilizations met with the wave of progressive governments in the Global South, which took up a critical state agenda on the actions of corporations.

The result was the establishment of a series of critiques in the Human Rights Council on the actions of corporations and the limits of the Ruggie Framework. Thus, in 2014, Resolution No. 26/9 was passed, creating the mandate for the establishment of an open-ended Intergovernmental Working Group on Transnational Corporations and Other Business Enterprises in relation to Human Rights (OEIGWG). Since 2015, the group has been meeting to construct a binding instrument.

This treaty represents a great step towards mitigating the corporate impunity, nonetheless, the drafts of the document have been considered a disappointment by civil society and other entities and also states, especially regarding the lack of concrete provisions as extraterritorial mechanisms and obligations expressively directed for the corporations. Without these, the treaty loses its capacity of changing the scenario recognized as the architecture of impunity, in which transnational corporations are not held accountable for their violations of individuals' and communities' human rights.

In parallel, the Inter-American Commission of Human Rights released, in January 2020, the report called "Business and Human Rights: Inter-American Standards", which reunites the main standards of the system and elaborated recommendations to States and companies about prevention and remediation of violations. This movement shows the theme is latent in the system, and the contributions of the IASHR may be very important to add arguments to the discussion in order to pursue the most effective treaty possible.

The main purpose of this paper is to present a discussion on one of the absences in the treaty's drafts, about the possibility of attributing direct obligations for business in this legally binding instrument on transnational corporations and other business regarding human rights (LBI) and what are the IASHR's standards that aggregate to confirm or deny this possibility.

Thus, the work aims at answering the question "Is there any standard in International Human Rights Law, especially in the Inter-American System of Human Rights, that provides a substrate for the provision of direct obligations for businesses in the legally binding instrument?".

The hypothesis is that not only is plainly possible to extract these standards from the IASHR case law but is also imperative that TNC's have direct obligations established in the document in order to guarantee its maximum efficacy. The research qualifies as empirical, and the methodology used is of inductive nature, as the main techniques are bibliographic review and documental analysis.

The article presents, first, a brief analysis on corporate impunity and a small summary of the negotiation process of the LBI. Next, the paper presents a topic

defining the civil society demand for direct obligations and the analyses of the attribution of obligations for companies in other instruments of international law. The following topic provides the results of the research, the analysis of the IASHR case law, and its possible inputs to the discussion. Lastly, it establishes the conclusion.

1. CORPORATE IMPUNITY SCENARIO

Beginning in the 1970s, denunciations of human rights violations by transnational corporations have proliferated on the international scene, both by civil society organizations and states. Despite some critical efforts, there were no advances in the regulation of the human rights and business agenda. In the 1980s, we observed a significant advance in the promotion of the deregulation of rights in the Global South, and the proliferation of Trade and Investment Agreements. In this period, several initiatives for voluntary codes of conduct by companies are propagated. This scenario makes up what is known as *lex mercatoria*[4], which requires a series of supranational norms for trade protection, and on the other hand, human rights are relegated to a debate of corporate voluntariness.

Over the decades, some elements, arising from the developmentalist ideology and neoliberal economy, have permeated business performance, generating what we can diagnose as widespread impunity. Impunity, as established by the CETIM[5] based on the concept of the United Nations itself, could be understood such as escape from liability and criminal, civil or administrative conviction, and consequently to the lack of fixing a penalty aiming at the reparation of those affected.

Returning to the elements that facilitated the establishment of this panorama, one of the most relevant is the emergence of the concept of Corporate Social Responsibility (CSR), which beginnings were in the 1950s[6], but it was mainly consolidated after the expansion of neoliberalism as an economic ideal. CSR emerged as a way of varnishing the image of large corporations to deal with the increasing inequality and concentration of income generated by their constant growth[7], instead of the promised development.

For example, the idea of multi-stakeholders as everybody is interested in the success of the companies justifies a "caution" in imposing strong regulations on the activities of transnationals, because, after all, without them, economic growth would not be viable[8].

In the 1990s, with the full implementation of the neoliberal model in the Global South, with the strong presence of privatizations, and the increase in the power of large global chains, there is a large number of violations and a lot of tension with civil society

[4] ZUBIZARRETA, Juan H; RAMIRO, Pedro. *Against the 'Lex Mercatoria': proposals and alternatives for controlling transnational corporations.* Madrid: OMAL, 2016.
[5] CENTRO EUROPA-TERCER MUNDO (CETIM), *La Impunidade de Las Empresas Transnacionales.* Genebra: Cetim, 2016, p. 4
[6] SOUTH CENTER. *Designing an international binding instrumento on business and human rights.* Genebra: 2020, p. 7.
[7] *Idem,* p.8.
[8] GLECKMAN, Harris. ***Multistakeholder Governance and Democracy:*** *a global challenge.* New York: Routledge, 2018, p.357.

movements[9]. Complaints begin to reveal cases of modern slavery, trafficking dumping of toxic waste, exposure of communities to chemicals, and persecution of human rights defenders[10].

Another element that also expands from the last decades of the 20th century is the logic of attracting foreign investments, in the wake of globalization. Most transnational companies have their headquarters domiciled in developed countries, and many developing states seek to attract foreign investment. The economic dependence of countries in the Global South, and the adoption of conservative development models, leads these countries to participate in the "race to the bottom", choosing to lower their human rights standards and offer tax exemptions to reduce the costs of the economic activities of these companies. This process occurs through the signing of bilateral investment and trade agreements, which often do not favor the development of national industry, and also in the promotion of structural reforms such as labor, social security, and environmental protection legislation.

The constitution of *lex mercatoria*, the presence of arbitration tribunals in free trade and investment agreements, has constituted an obstacle to access to justice for populations who are victims of violations of their rights by transnational companies. Added to this, the complex organizational structure in global value chains, which include subsidiaries and a huge supply chain, and the investment or free trade treaties impede progress.

We must remember that these companies have a gross domestic product greater than that of many states, concentrating political, economic, and cultural power never before seen. The configuration of such power with the subordination of developing countries imposes unequal conditions for the enforcement of human rights. The complexity of human rights violations that involve this power dispute can only be answered if they are thought of on a global scale.

Thus, International Human Rights Law stands out as a fruitful field for analyzing the contours of these new demands for rights. This requires a rethinking of the classical definitions of the field, so that the primacy of human rights and their erga omnes character can be put into effect, in order to place transnational corporations in the role of perpetrators of human rights violations and, therefore, responsible for their conduct.

2. LEGALLY BINDING INSTRUMENT ON BUSINESS AND HUMAN RIGHTS

The creation of the Open-ended Intergovernmental Working Group on Transnational Corporations and Other Business Enterprises (OEIGWG) in relation to human rights, led by Ecuador and established in Resolution 26/9 in 2014, marked the beginning of a new moment of debate, on the international stage, on the regulation of corporate power.

[9] SOUTH CENTER. *Designing an international binding instrumento on business and human rights.* Genebra: 2020, p. 7.
[10] *Idem,* Ibidem

Since 2015, the Working Group has held annual sessions at the headquarters of the UN Human Rights Council in Geneva to exercise its mandate and build the legally binding instrument. To date, eight sessions have been held, chaired by Ecuador, which was elected Chair of the Working Group, with the group's work still not expected to be completed.

The first session took place between July 6 and 10, 2015, and the discussions were organized into eight roundtables, each with a different theme that would help establish the initial principles and elements of the instrument. The eight roundtables dealt with issues such as the principles of the binding instrument, its scope, the human rights that should be provided for, the obligation of states to ensure respect for human rights, including the aspect of extraterritoriality, the legal responsibility of companies, and the establishment of national and international jurisdictional mechanisms. [11] Some gaps in the Guiding Principles were explained by delegations that mentioned the need to provide maximum human rights protection, redress mechanisms and also some complementary instrument that would improve the enforcement of protection in the domestic sphere. [12]

In the third session, which took place from October 23 to 27, 2017, the first concrete product of the negotiation process, the document "Elements for a draft legally binding instrument on transnational corporations and other business enterprises with respect to human rights" was presented, which brought in its content the issues discussed in the first two sessions such as the principle of the primacy of human rights and the possibility of an international court to hold TNCs accountable, and marked the beginning of the most substantial discussions of the instrument's text.[13]

At the end of the discussions on the Elements, in addition to scheduling a fourth session for the following year, States and other interested parties were invited to make comments and observations on the elements of the project so that the first version of the LBI could be introduced. In July 2018, Draft Zero was launched.

Draft Zero was considered a disappointment by a large part of the academic community and organized civil society that accompanied the discussion process. Despite the barriers that were already faced, there was hope for success, once the draft was consummated and launched.[14]

But the text presented, in general, appeared very vague, broad, without clear predictions, and far below what was expected, even below what was already established in the Elements.[15] This was interpreted as a real blow to the treaty and there was a lot of uncertainty regarding the session that would take place from 15 to 18

[11] HUMAN RIGHTS COUNCIL. *Report on the first session of the open-ended intergovernmental working group on* transnational *corporations and other business enterprises with regard to human rights with a mandate to draft an international legally binding instrument (*A/HRC/31/50). Genebra: OHCR, 2015.
[12] *Idem,* Ibidem
[13] HUMAN RIGHTS COUNCIL. *Report On The Third Session Of The Open-Ended Intergovernmental Working Group On Transnational Corporations And Other Business Enterprises With Respect To Human Rights*, (A/HRC/37/67). Genebra: OHCR, 2017
[14] SOARES, Andressa C.; ROLAND, Manoela C. *A essencialidade do instituto da jurisdição extraterritorial no tratado internacional sobre direitos humanos e empresas.* In: Pedro G Andrade (eds.), ***Direitos humanos e empresas****: responsabilidade e jurisdição*. Belo Horizonte/ São Paulo: D'Plácido, 2020, p. 29-60.
[15] GUAMÁN, Adoración. *El Draft 0 del BindingTreaty: análisis crítico del contenido del texto y su adecuación con el objetivo de la Resolución 26/*9. In: Homa, *Cadernos de Pesquisa* (2018) 1:6

October 2018. At this point, the government of Ecuador was already beginning to show weaknesses in the conduct of the process negotiations.

In the fourth session, many delegations defended the draft text and approved the fact that only direct obligations and responsibilities were foreseen by the states themselves. However, other delegations and several NGOs questioned whether there would be real effectiveness when there is no express liability provision for companies, arguing the absence of an impediment to companies being directly accountable at the international level.[16]

This possibility had been strongly justified by Surya Deva, in his participation as an expert in the second negotiation session and corroborated by Olivier de Schutter. In the third session, when he mentions that, despite the existence of the term "primary responsibility" of the State with respect to human rights in the document of the Elements, this could not give rise to a justification for not providing for the allocation of direct responsibilities to companies.[17]

But even so, with all the accumulation of discussions from previous sessions, the same delegations had to question again this point, among others, such as the lack of provision for extraterritorial jurisdiction, an alleged unnecessary duplication of provisions of the Guiding Principles, and the lack of prediction of the primacy of the human rights instruments over trade and investment agreements. The justification is that this would mean the superiority of one branch of international law over the other, although this primacy is established in International Human Rights Law, and in European and Inter-American regional systems.[18]

In the end, the draft did not seem to please either party, nor civil society, which expected a stronger text, nor the states that have always opposed the treaty. Despite the frustration, civil society was not discouraged and remained mobilized, as it already knew that there would be countless challenges along the way.[19]

On July 17, 2019, the Revised Draft or Draft One was published by the presidency of the OEIGWG and, despite having corrected certain well-criticized points of the previous one, mainly regarding the formal structure, the text did not focus on the systemic regulatory gaps transnational companies, remained vague and without appearing to present any possibility of being enforced.[20] Again, it was below what was foreseen in the Elements document and the demands of affected individuals and movements.

[16] HUMAN RIGHTS COUNCIL. *Report On The Fourth Session Of The Open-Ended Intergovernmental Working Group On Transnational Corporations And Other Business Enterprises With Respect To Human Rights* (A/HRC/40/48). Genebra: OHRC, 2018

[17] SCHUTTER, Olivier de. *'Extraterritorial Jurisdiction as a tool for improving the Human Rights Accountability of Transnational Corporations'*, BHR Symposium, 10 septembre 2020.

[18] HUMAN RIGHTS COUNCIL. *Report On The Fourth Session Of The Open-Ended Intergovernmental Working Group On Transnational Corporations And Other Business Enterprises With Respect To Human Rights* (A/HRC/40/48). Genebra: OHRC, 2018.

[19] HOMA. Cadernos *de Pesquisa -HOMA.* Juiz de Fora: Homa, 2018.

[20] HOMA. 'Análise *do Draft One: avanço ou retrocesso?'- Cadernos de Pesquisa Homa.* Vol.2. Juiz de For a: Homa, 2019

The fifth negotiation session, which took place between October 14 and 18, 2019, made it clear how the process was going through a difficult time. There was a political shift in the spectrum of international relations, the USA left the Human Rights Council permanently and neoliberal governments were consolidating again in Latin America. The profound changes in Ecuador's international relations affected the conduct of the negotiation work.

In general, the dispute remained between countries that considered the provisions of the new Draft still too vague and insufficient to guarantee the effectiveness of the instrument, including Cuba, Azerbaijan, Egypt, South Africa and Palestine, which are accompanied by civil society, against those who insisted on a more targeted approach to States and that the document should present nothing more than standardization of the Guiding Principles.[21]

It is worth mentioning the participation of Brazil, which, on the last day of discussions on the draft text, wanted to present an amendment to the final report so that the following year, 2020, civil society could not have access to some parts of the discussions between States, that is, that some of them occurred behind closed doors and with no chance of manifestation of the movements. This proposal was formulated by Brazil and China, and was vehemently rejected by several other nations, including the European Union. Finally, an observation was added that the negotiation is guided by States, but that in the sixth negotiation session, civil society and different stakeholders would continue to participate actively in the process.[22]

In the year 2020, in the midst of a worldwide pandemic of COVID-19, much speculation about the format of the session and the progress of the agenda hung around until the publication of the new, revised version of the document in August. During the session in October, despite guaranteed virtual, and limited in-person participation, the negotiations were not fruitful. Many countries were immersed in domestic agendas turbulent by the pandemic.

At the 7th session in 2021, the negotiations were given a new lease of life by the article-by-article debate methodology. The first articles received greater attention from the states, and involved interesting proposals to expand the protective frameworks, but the issue of direct obligations for transnational companies, the transnational character, and the provision of mechanisms, have not yet reached a conclusion, with different proposals from the states. At the end of the session, the Presidency proposed as a methodology the creation of a group of Friends of the Presidency that would work during the period between sessions to seek consensus and the consolidation of the text.

Despite the proposal, Ecuador did not invite any states to form the group, and existing dialogue circles were maintained. The lack of progress on the methodology was reflected in the presentation of a surprise proposal at the 8th session. The Chair, instead of consolidating the text under negotiation, presented, less than a month before the session, the proposal of a new text called "Chair's proposal". The initiative was reflected in complete disorganization throughout the first two days of the meeting.

[21] HUMAN RIGTHS COUNCIL. *Report On The Fifth Session Of The Open-Ended Intergovernmental Working Group On Transnational Corporations And Other Business Enterprises With Respect To Human Rights* (A/HRC/43/55). Genebra: OHRC, 2019.
[22] *Idem.*

States were critical of the lack of transparency and commitment in the negotiation of the existing text, some such as South Africa and Palestine proposing that the "Chair's proposals" should be defended by the Ecuadorian delegation, and submitted to the text already being negotiated.

After the methodology imbroglio, the session continued with the existence of two texts under debate. Only the USA and Mexico made contributions to the "chair's proposals", and Mexico also made proposals to the other documents. The diplomatic weariness of the situation led to a long meeting to draft the final report of the session, held behind closed doors. Finally, the "chair's proposal" was incorporated into the text under negotiation, and it was designated that informal consultations would be held to continue the negotiations.

Negotiating the instrument has not been easy. The issue is sensitive for many economic sectors and their victims. The power mechanisms of the relations between the North and the global South have always been evident in the context of the States. Among the various controversial points raised by the different sectors, the establishment of direct obligations is certainly a key point. Therefore, we intend to contribute to this reflection below.

3. THE DEMAND FOR DIRECT OBLIGATIONS

Among the debates on direct obligations, we highlight civil society's demand for them, especially the contributions of the Global Campaign to Reclaim Peoples' Sovereignty, Dismantle Corporate Power and End Impunity (Global Campaign)[23]. In 2014, the Global Campaign released the document International Peoples' Treaty for the Control of Transnational Corporations. It is a compilation of ideas and proposals gathered through consultations with various civil society movements, traditional peoples, trade unionists, activists, affected communities and legal experts.

The objective was to elaborate a document outside the logic of Classic International Law, starting from the struggles and experiences of the peoples, as a way to democratize the debate that then emerged and not let the process of building the binding instrument be dominated by academic experts and law firms. advocacy. In addition, the Campaign annually publishes a position on the draft launched by OEIGWG and suggests new texts for articles and amendments. These documents are sent to the secretariat of the working group.

In 2017, the Global Campaign constructed its own Treaty proposal that establishes a section for specific obligations for transnational corporations, based on the duty already recognized in international human rights law to respect rights, albeit horizontally[24]. In the Treaty discussion, however, this is a very controversial positionIt is a fact that occurs because, based on a classic view of the International Law, it is

[23] The global campaign was created in 2012, during the Rio +20 People's Summit, and is a network that brings together more than 250 social movements, civil society organizations, and research groups from around the world. Available in: https://www.stopcorporateimpunity.org/# . Access 19.03.203

[24] Availed in: https://www.stopcorporateimpunity.org/wp-content/uploads/2017/10/Treaty_draft-EN1.pdf . Access 19.03.2023

claimed that obligations should be directed to States, which are primarily responsible for the protection of human rights. It is also argued that a forecast of obligations for companies would promote them to full subjects of DIP, which would guarantee them a problematic position.

However, none of these arguments' rests on more careful analysis. First, corporate obligations would be differentiated from state obligations, of course. The provision of direct obligations could include the following duties: not to violate human rights; prevent violations through Human Rights Due Diligence (as a result of an obligation); transparency and concession of information, automatic responsibility for the acts of subsidiaries and affiliates[25]; and not to demand states when they, for example, have threatened their function to respect, protect and guarantee human rights.

The idea of the State as the main human rights violator is no longer satisfactory in the current scenario and there is enough international jurisprudence to recognize violations by non-state actors, in a horizontal way. Providing direct obligations for companies, which has already been done in other international treaties that will be mentioned below, would not elevate them as a full subject of international law, since the individual, for instance, has obligations and duties, for example, in the Rome Statute. Even when able to be criminally prosecuted by an international court, individuals are not considered a full subject, as they do not celebrate treaties.

The need for direct obligations for transnational companies expressly provided for in the text is hereby defended. Without this provision, the duty of companies to respect human rights remains as general as in the Guiding Principles, and at the mercy of establishing domestic guidelines and obligations, which, as previously reported, are not sufficient.

The provision of direct obligations for private entities does not mean assigning the same obligations that States have, nor does it mean raising them to the condition of a full subject of International Law, as professors Olivier DeSchutter and Robert McCorquadale have already highlighted in the negotiation sessions of the LBI.

The United Nations Convention Against Corruption (UNCAC), ratified so far by 187 nations, has as its main goal to prevent and punish corruption practices worldwide. In order to do so, since corruption is a phenomenon that includes public and private sectors, this treaty provides some obligations which businesses should follow.

Specially in its article 12, but in other points of the text, it deals with measures that States must provide so private sector can be regulated regarding corruption. Although the language is directed to States, which are the parties of the agreement, and therefore, receive the obligations, there are provisions on how companies and the private sector in general must behave. As it is possible to assess in article 12.3:

> 3. In order to prevent corruption, each State Party shall take such measures as may be necessary, in accordance with its domestic laws and regulations regarding the maintenance of books and records, financial statement

[25] AMNESTY INTERNACIONAL (ed.). ***Creating a paradigm shift:*** *legal solutions to improve access to remedy for* corporate *human rights abuse*. Londres: Amnesty International And Business And Human Rights Resource Centre, 2017, p. 60.

> disclosures and accounting and auditing standards, to prohibit the following acts carried out for the purpose of committing any of the offences established in accordance with this Convention: (a) The establishment of off-the-books accounts; (b) The making of off-the-books or inadequately identified transactions; (c) The recording of non-existent expenditure; (d) The entry of liabilities with incorrect identification of their objects; (e) The use of false documents; and (f) The intentional destruction of bookkeeping documents earlier than foreseen by the law[26]

This said, it is mainly possible to affirm that the treaty on business and human rights could have a section dedicated to define how companies should be regulated, which are their obligations regarding human rights, and how States must act in order to build internal frameworks to prevent and hold transnational businesses accountable.

4. THE COMPANIES' OBLIGATIONS IN THE INTERAMERICAN SYSTEM

At the regional level, it is also interesting to analyse the advances in the positioning of the Inter-American Commission on Human Rights on the subject. On November 1, 2019, the IACHR approved the report prepared by its Special Rapporteur for Economic, Social, Cultural, and Environmental Rights (REDESCA), with financial support from the Spanish Fund for the OAS /AECID. The document was published on January 27, 2020.

The main objective of the report is to establish the content of the obligations of States in the scope of Business and Human Rights and the effects that such obligations may have on businesses, based on the main Inter-American instruments, namely, the American Convention on Human Rights and the American Declaration of the Rights and Duties of Man and the case law of the IASHR. The international obligations of States regarding human rights are also considered in cases where business actors are involved in realizing or affecting these rights.[27]

To this end, the document carries out a systematic analysis of the pronouncements of the Inter-American System, seeking to organize contributions to the topic. The analysis is conducted according to the centrality of the evolutionary interpretation of human rights instruments.[28] This consists of a fundamental principle of international human rights law and is applied systematically by international supervisory bodies, as well as consolidated in the jurisprudence of the Inter-American Court, which believes that treaties should be interpreted as living texts adapted to the context of current life and the evolution of the times, in order to always guarantee the maximum protection of human rights.

---

[26] OEIGWG, *Second Revised Draft Legally Binding Instrument To Regulate, In International Human Rights Law, The Activities Of Transnational Corporations And Other Business Enterprises* Available in: https://daccess-ods.un.org/tmp/4957747.45941162.html . Access in 19.03.2023

[27] REDESCA (org.). ***Empresas y Derechos Humanos****: Estándares Interamericanos.* Washington: CIDH/OEA, 2019, p. 24.

[28] *Idem, ibidem*

This understanding is in line with the provisions of the Vienna Conventions on the Law of Treaties and American Human Rights.[29] The rapporteur also points out that, due to the huge number of legal challenges that the theme presents, the document does not aim to exhaust them all or focus on specific obstacles and factual reports.

It urges to stress that the Inter-American Human Rights System is only competent to establish obligations for States. Therefore, it is natural that the document is primarily addressed to them. This does not mean, however, that REDESCA is necessarily recognizing that States must appear as principal parties to the treaty and that companies cannot be assigned direct obligations. Some analyses of the report carried out tried to defend this argument, which cannot be inferred by a limitation of the organism's competence.

Returning to the report, after the first chapter that presents the background and methodology, Chapter II reports a series of criteria that will be applied across the document as essential elements for any approach. Then, Chapter III presents the state's human rights and business obligations. Next, chapters IV and V address the extraterritorial obligations of States and the legal effects that state obligations have on companies, respectively. These two chapters call special attention, as they deal with two more deficient points in the presented drafts of the LBI and will be the central part of the analysis in the present work.

There are still 4 other chapters in the document, which determine areas of special attention for the IACHR and REDESCA (chapter VI), the impact of violations on vulnerable groups (VII), and bring together good initiatives as a positive reference. The last chapter, IX, makes recommendations to guide state efforts on the continent.

In chapter VI, specifically, the report presents legal effects of the obligations of States that can be linked to companies. There is a recognition that, in order to fully protect human rights, it is not possible to ignore the threats or violations that business activities impose on the exercise of these rights.[30]

As a normative basis, in addition to Articles 41.a of the ACHR and 106 of the OAS Charter, the document mentions the interpretation of Article 30 of the Universal Declaration of Human Rights (UDHR) in order to justify that, in international human rights law, despite the understanding that the primary obligation belongs to States, it is widely accepted that respect for human rights is the norm applicable to all, regardless of the existence of domestic laws that regulate it.[31] Furthermore, inter-American jurisprudence has already recognized that the duty to respect and guarantee human rights also has an effect on inter-individual relations.[32]

Likewise, it is argued that the evolution of this branch demonstrates that non-state actors may have obligations in relation to human rights, as is already the case in customary rules, *jus cogens*, and international treaties such as the Convention on the Rights of Persons with Disabilities. So does the normative framework within the UN

[29] *Idem, p.* 25
[30] *Idem, p.* 93
[31] *Idem, p.* 94
[32] *Idem, p.* 95

on Torture and other cruel, inhuman, and degrading treatment (which even mentions private agents as capable of violating human rights).[33]

The Rapporteurship (2019, p. 94) recognizes that despite the fact that the bodies of the IASHR do not have the competence to configure responsibility in relation to non-state actors in general, this does not mean that they do not affect human rights. Likewise, the absence of international mechanisms that require companies to comply with HD does not mean that they are exempt from obligations.

Then, some possible duties of companies are presented, arising from the responsibility of respecting human rights, namely: to prevent them from provoking their violations and contributing to their occurrence; exercise due diligence in their own activities within both home and extraterritorial circumscriptions, in the activities of subsidiaries, in the economic groups they belong to and in the value or supply chains; render accounts and assume consequences in criminal, civil and administrative spheres.[34]

It is important to consider the report that voluntary rules are not enough and that there is a deficit in rules of international law that makes it possible to assign direct obligations to companies.[35] As already mentioned, the IASHR does not have the competence to do so but recognizes the possibility that this can be done in other spaces and documents. It should be noted that civil society defends that such obligations are linked to the international treaty, with no factual or legal impediment to such an attribution.

This doctrine is reinforced by the Advisory Opinion n. 18/03, which decided about the rights of undocumented migrant workers. When interpreting the principle of equality and non-discrimination, the Court affirms that it has a "fundamental character" for the protection of all human rights, both in international and domestic law. Therefore, the obligation of States to eliminate regulations that have discriminatory provisions in their regulations is completely peaceful, as well as to combat discrimination in a generalized way, regardless of domestic provisions in that sense. After all, this group of obligations belongs to the international *jus cogens*.[36]

In this part, it is also reinforced that the obligation to respect and guarantee the exercise of human rights is enforceable *erga omnes*, which, in addition to binding all States, have effects on third parties, including individuals.[37]

In recognizing that migrant workers are at a disadvantage compared to other workers, the Court considers that States and individuals are not obliged to offer work to a migrant, but that, from the moment they do, there are demands for respect and guarantee human labour rights that have different scope and effects. As the decision points out, labour relations are present in both the public and private spheres. It should

[33] *Idem, p.* 94
[34] *Idem, p.* 101
[35] *Idem, p.* 100
[36] Interamerican Court Of Human Rights (org). *Advisory Opinion 18/2003*. San Jose: CORTEIDH/OEA. p. 113-117
[37] *Idem p.*119

be added that, in a private labour relationship, there is an obligation to respect rights between non-state people, whether individuals or legal entities.[38]

According to the court, (2003, p.126), the legal doctrine of Drittwirkung, which develops the idea that fundamental rights must be respected by public authorities and also in horizontal relations between private agents, had been adopted in the jurisprudence since the first cases.

This idea is consolidated in paragraph 146:

> "146. In this way, the obligation to respect and guarantee human rights, which normally has its effects on relationships between States and individuals subject to their jurisdiction, also projects their effects on inter-individual relationships. As far as the present Consultative Opinion is concerned, the necessary human rights obligations in relation to private relationships are specified in the framework of the private employment relationship, in which the employer must respect the human rights of his workers." (CORTE IDH, 2003, p.128) (own translation)

Repeated in many decisions analysed, another quite important and solid understanding is the recognition of the existence of the obligation to respect not only civil and political rights among individuals in the private sphere but also the Economic, Social, Cultural, and Environmental rights, as in the case of labour rights.

This is the first relevant contribution of the case law of the IASHR, since, if there were obligations in relation to human rights opposed to individuals, the reason for not providing for them in an international instrument would cease.

However, the decision goes even further by recognizing the factual capacity of companies to violate human rights. In paragraph 148 (CORTE IDH, 2003, p. 128), the Court states that the State must not allow its private employers to violate human rights. This point is extremely important since the argument for not establishing direct obligations for companies under the international treaty is often related to the discourse that companies do not violate human rights, but only abuse or impact in the course of their activities, a situation in which the obligation should be of the States. Having recognized the ability of third parties to violate rights, it is clear that this argument has no basis in the IASHR.

As already established in this text, state and private obligations have different scope and nature, but this does not mean that there is an impediment for companies to also have obligations established directly.

Thus, the advisory opinion makes clear, stating:

> "151. In employment relationships, employers must protect and respect the rights of workers, and these relationships develop in the public and private sectors of societies. The obligation to respect the human rights of migrant workers has a direct effect on any type of employment relationship, both when the State is the employer and when it is a third party, and it is a physical or legal person "[39]

[38] *Idem p.*126
[39] *Idem p.*129. Translation done by the author

Still, in the decision, there is the determination that, due to the existence of many domestic and international norms related to the protection of human rights, especially labour, and that there is not always a harmony between these laws and their application, one must apply always the most favourable norm for the worker, be it internal or international.[40]

The *pro persona* principle of international human rights law supports the application of more favourable legislation, which should be provided for by the treaty, especially with regard to the application of extraterritorial jurisdiction.

The analysis of this decision concludes, then, with the detection of three important contributions to sustain the demands of civil society in relation to the LBI: the factual capacity for violation of human rights by private actors, the obligation existing in the international jus cogens respect for human rights by individuals in their interrelations and the precedent for applying legislation more favourable to the victim of a violation.

CONCLUSION

Throughout the article, a historical account of the negotiations of the binding international instrument on transnational corporations and human rights was constructed, in which one can see that from the very first sections the debate on the possibility of holding corporations directly accountable for human rights violations has been ongoing. It also highlighted the political and legal obstacles, notably the economic interests of parent countries and corporations, the submission of recipient countries, and the acclaim of the Guiding Principles as the main obstacles to the adoption of a paradigm shift in International Human Rights Law.

In the light of civil society's proposals, the way was found to define the obligations rightfully incumbent upon companies without hurting state sovereignty and the consequent weakening of states, through the recognition of the concrete reality of what already occurs in the scope of the Arbitration Chambers of Agreements.

Furthermore, from the report and the decision of the Inter-American System of Human Rights analyzed empirically, but also from the precedent of other treaties mentioned in the text, that establishing direct obligations for companies in the legally binding instrument on business and human rights is clearly legally possible. It is therefore up to the American countries that are signatories to the American Convention on Human Rights and the American Declaration of the Rights and Duties of Man to recognize these precedents from the System's jurisprudence and uphold them in the treaty negotiation.

However, many countries in the continent have different statements when it comes to the UN negotiations. But this position has political and economic reasons, which disguise themselves as legal issues. The negotiation of a treaty is undoubtedly a

[40] *Idem p.*130

political space, but it is really important to analyze the so-called legal arguments to provide civil society with the weapons to deal with them.

Finally, it can be concluded that direct obligations for transnational corporations are not only possible, but necessary to ensure the maximum effectiveness of the treaty, since non-specific obligations to corporations may delay the liability process, depending on national frameworks and procedures for victims to access justice. The adoption of this institute is an important step to mitigate corporate impunity and improve redress.

REFERENCES

GUAMÁN, Adoración Guamán. 'El Draft 0 del BindingTreaty: análisis crítico del contenido del texto y su adecuación con el objetivo de la Resolución 26/9'. In: Homa. *Cadernos de Pesquisa*. Juiz de Fora: 2018, p. 1-6

AMNESTY INTERNACIONAL (ed.), *Creating a paradigm shift: legal solutions to improve access to remedy for corporate human rights abuse.* Londres: Amnesty International And Business And Human Rights Resource Centre, 2017.

SOARES, Andressa O; ROLAND, Manoela C. A essencialidade do instituto da jurisdição extraterritorial no tratado internacional sobre direitos humanos e empresas. In: Pedro G Andrade (eds.), *Direitos humanos e empresas: responsabilidade e jurisdição.* Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2020, p. 29-60

CENTRO EUROPA-TERCER MUNDO (CETIM). *La Impunidade de Las Empresas Transnacionales.* Genebra: Cetim, 2016)

BILCHITZ, David; DEVA, Surya. The human rights obligations of business: A critical framework for the future, *Human Rights Obligations of Business: Beyond the Corporate Responsibility to Respect?*. Cambridge: Cambridge University Press, 2013, p.1- 26.

GLOBAL CAMPAIGN TO RECLAIM PEOPLES SOVEREIGNTY, DISMATLE CORPORATE POWER AND STOP IMPUNITY. *Treaty on Transnational Corporations and their supply chains with regard to Human Rights*. October 2017. Available in: https://www.stopcorporateimpunity.org/wp-content/uploads/2017/10/Treaty_draftEN.pdf . Access 19 march 2023.

GLOBAL CAMPAIGN TO RECLAIM PEOPLES SOVEREIGNTY, DISMATLE CORPORATE POWER AND STOP IMPUNITY. Who we are. Available in: https://www.stopcorporateimpunity.org/list-of-signatories/. Access 19 march 2023

GLECKMAN, Harris Gleckman. *Multistakeholder Governance and Democracy: a global challenge.* New York: Rutledge, 2018.

HOMA. *Cadernos de Pesquisa*. Vol. 1, nº. 06. Juiz de Fora: Homa, 2018.

HOMA. *Cadernos de Pesquisa*. Vol 2, nº. 08. Juiz de Fora: Homa, 2019

HUMAN RIGHTS COUNCIL. *Elaboration of an international legally binding instrument on transnational corporations and other business enterprises with respect to human rights A/HRC/RES/26/9*. Genebra: OHRC, 2015.

HUMAN RIGHTS COUNCIL, *Report On The Fifth Session Of The Open-Ended Intergovernmental Working Group On Transnational Corporations And Other Business Enterprises With Respect To Human Rights', A/HRC/43/55.* Genebra: OHRC, 2019.

HUMAN RIGHTS COUNCIL. *Report on the first session of the open-ended intergovernmental working group on transnational corporations and other business enterprises with respect to human rights, with the mandate of elaborating an international legally binding instrument', A/HRC/31/50.* Genebra: OHRC, 2017.

HUMAN RIGHTS COUNCIL, *Report On The Fourth Session Of The Open-Ended Intergovernmental Working Group On Transnational Corporations And Other Business Enterprises With Respect To Human Rights', A/HRC/40/48.* Genebra: OHRC, 2018.

HUMAN RIGHTS COUNCIL, *Report On The Second Session Of The Open-Ended Intergovernmental Working Group On Transnational Corporations And Other Business Enterprises With Respect To Human Rights', A/HRC/34/47.* Genebra: OHRC, 2016.

HUMAN RIGHTS COUNCIL. *Report On The Third Session Of The Open-Ended Intergovernmental Working Group On Transnational Corporations And Other Business Enterprises With Respect To Human Rights', A/HRC/37/67*. Genebra: OHRC, 2017.

INTERAMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS. *Advisory Opinion 18/2003*. San Jose: CORTEIDH/OEA. 2003.

OEIGWG, 'Elements for Legally Binding Instrument To Regulate, In International Human Rights Law, The Activities Of Transnational Corporations And Other Business Enterprises. Available in: https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/WGTransCorp/Session6/OEIGWG_Chair-

Rapporteur_second_revised_draft_LBI_on_TNCs_and_OBEs_with_respect_to_Human_Rights.pdf Access in 19 march 2023.

OEIGWG, 'Revised Draft Legally Binding Instrument To Regulate, In International Human Rights Law, The Activities Of Transnational Corporations And Other Business Enterprises' Available in: https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/WGTransCorp/OEIGWG_Revised Draft_LBI.pdf Access in 19 march 2023.

OEIGWG, 'Second Revised Draft Legally Binding Instrument To Regulate, In International Human Rights Law, The Activities Of Transnational Corporations And Other Business Enterprises', https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/WGTransCorp/Session6/OEIGWG_Chair-Rapporteur_second_revised_draft_LBI_on_TNCs_and_OBEs_with_respect_to_Human_Rights.pdf Access in 19 march 2023.

OEIGWG, 'Zero Draft Legally Binding Instrument To Regulate, In International Human Rights Law, The Activities Of Transnational Corporations And Other Business Enterprises. Available in: https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/WGTransCorp/Session3/DraftLBI.pdf Access in 19 march 2023.

SCHUTTER, Olivier . Extraterritorial Jurisdiction as a tool for improving the Human Rights Accountability of Transnational Corporations. Available in: http://www.reportsand-materials.org/sites/default/files/reports-andmaterials/Olivier-de-Schutter-report-for-SRSG-reextraterritorial-jurisdiction-Dec-2006.pdf . Access in 19 march 2023.

REDESCA (org.). *Empresas y Derechos Humanos: Estándares Interamericanos*. Washington: CIDH/OEA, 2019) 211

SOARES, ANDRESSA; ROLAND MANOELA. 'Retos para la aprobación de un tratado de Derechos Humanos y empresas en el Consejo de Derechos Humanos' in Julián T Martínez (ed.), *Desafíos para la regulación de los Derechos Humanos y las Empresas: ¿cómo lograr proteger, respetar y remediar?* (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2019) 145, 174

SOUTH CENTRE. *Designing an International Legally Binding Instrument on Business and Human Rights.* Genebra: South Centre, 2020

ZUBIZARRETA, Juan H; RAMIRO, Pedro. *Against the 'Lex Mercatoria': proposals and alternatives for controlling transnational corporations*. Madrid: OMAL, 2016